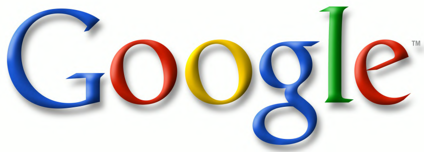



3 2044 103 173 373


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV. ANG.
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG·
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

2

# ABRÉGÉ D'HISTOIRE

DU

# DROIT PRIVÉ FRANCAIS

## des Origines au Code Civil

PAR

**Edmond LAMOUZÈLE**

Docteur en Droit

Lauréat de la Faculté de Droit de Toulouse (Prix de Thèse)

Lauréat et Membre correspondant de l'Académie de Législation




PARIS (5e)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1908

# ABRÉGÉ D'HISTOIRE

# DU

# DROIT PRIVÉ FRANÇAIS

## des Origines au Code Civil

# ABRÉGÉ D'HISTOIRE

DU

# DROIT PRIVÉ FRANÇAIS

## des Origines au Code Civil

PAR

**Edmond LAMOUZÈLE**

**Docteur en Droit**
**Lauréat de la Faculté de Droit de Toulouse (Prix de Thèse)**
**Lauréat et Membre correspondant de l'Académie de Législation**




PARIS (5e)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1908

## ABRÉGÉ D'HISTOIRE

## DU

# Droit Privé Français

## des Origines au Code Civil

---

## PRÉFACE

En composant ce petit abrégé nous avons poursuivi un double but. Nous avons voulu d'abord offrir aux élèves des Facultés de droit un résumé à la fois assez bref et assez complet pour leur permettre d'aborder avec plus de facilité et plus de fruit l'étude des grands traités d'histoire du droit privé français. Nous avons cherché aussi à faire œuvre de vulgarisateur, en écrivant pour tous ceux qui s'intéressent à l'histoire de notre ancienne France, un petit ouvrage élémentaire sur les origines de nos lois civiles.

Pour mieux atteindre ce double but, nous nous sommes abstenu de faire figurer au bas des pages aucune note et aucune citation. Nous avons simplement renvoyé, à la fin de chaque chapitre, aux principaux ouvrages français qui donnent des détails complets sur les questions résumées dans notre abrégé. Parmi ces ouvrages, nous tenons à indiquer ici ceux qui nous ont le plus habituellement servi de guide, à savoir, le *Manuel d'histoire du droit français* de Brissaud, l'*Histoire du droit civil français* de Viollet, et l'*Histoire du droit et des institutions de la France* de Glasson.

Puisse ce modeste abrégé trouver un bienveillant accueil auprès des étudiants en droit et auprès des gens du monde. Puisse-t-il non seulement intéresser la curiosité, mais surtout inspirer le désir d'approfondir l'étude de notre ancien droit français, d'en mieux suivre le développement, d'en mieux pénétrer le génie.

# INTRODUCTION

## DROIT ÉCRIT ET DROIT COUTUMIER. — DIVERSES PÉRIODES DE L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS

La France, sous l'ancien régime, était divisée en deux grandes régions ; au nord dominait le *Droit coutumier* qui s'inspirait des anciennes lois et usages germaniques, au midi le *Droit écrit* ou droit romain. Cette division avait pour origine le principe féodal de la territorialité des lois. Jusqu'au xe siècle, on appliquait à chaque personne la loi de son pays d'origine. Ainsi dans la même province, dans la même ville, le Franc était soumis à laloi franque, le Wisigoth à la loi wisigothique, le Gallo-Romain à la loi romaine. C'était là le système de la personnalité des lois. Avec la féodalité les lois devinrent territoriales. Dans chaque seigneurie, la coutume locale seule régissait tous les habitants, sans distinction de race. Dans le Midi, où la population romaine était la plus nombreuse, le droit romain, qui était la loi de la majorité, s'appliqua à tous à titre de coutume locale. Dans le Nord, au con-

traire, les lois barbares, quelques débris des lois romaines, le droit canon et les usages locaux formèrent la législation ordinaire. La limite des deux régions du droit coutumier et du droit écrit coïncidait à peu près avec la limite des anciennes langues d'oïl et d'oc. Mais la distinction entre ces deux droits n'était pas absolue ; ainsi, dans le Midi, les coutumes locales étaient nombreuses, et réciproquement le droit romain venait souvent corriger ce que les usages du Nord avaient d'incomplet.

Pour bien comprendre l'évolution de l'ancien droit privé français, non seulement il est indispensable d'avoir toujours présente à l'esprit cette division en droit écrit et droit coutumier, mais encore il est nécessaire de distinguer dans l'histoire de nos institutions les périodes suivantes :

1° *Période germanique ou franque* (Droit germanique ou franc) ; de l'avènement de Clovis en 481, à l'avènement d'Hugues Capet en 987 ;

2° *Période Féodale* (Droit féodal), de 987 au commencement du XVI^e siècle ;

3° *Période Monarchique* (Droit monarchique), du commencement du XVI^e siècle au 5 mai 1789, date de l'ouverture des Etats généraux ;

4° *Période Révolutionnaire* (Droit révolution-

naire), du 5 mai 1789 à la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), date de la réunion des lois civiles en un Code civil ;

5° *Code civil.*

# LIVRE PREMIER

## LES PERSONNES

### CHAPITRE PREMIER

#### ORIGINES DE LA FAMILLE

Parmi les nombreuses hypothèses qui ont été présentées à ce sujet, la plus probable paraît être la suivante : La famille serait sortie de l'état de promiscuité, d'abord sous la forme du matriarcat, puis du patriarcat, pour aboutir, après une longue évolution, à l'organisation familiale moderne.

1^er^ *Stade : Promiscuité.* — Dans les premiers groupes humains, hommes et femmes vivaient dans une confuse promiscuité. Celle-ci existe encore chez certains peuples, comme les montagnards de l'Inde et les Cosaques Zaporogues. Là où elle a disparu, elle a laissé des traces, comme les unions incestueuses, la prostitution

sacrée en Babylonie, l'hétaïrisme hospitalier chez les Esquimaux, les mariages à l'essai ou à temps en Ecosse et en Arabie. Mais cet état de promiscuité ne pouvait durer, car il entraînait de graves inconvénients, dont les principaux étaient la mortalité élevée des enfants qui étaient souvent abandonnés, et l'absence de parenté et par suite d'assistance familiale.

2e *Stade : Matriarcat.* — Dans la société promiscue la mère et ses descendants tendent à se grouper en association. Ainsi se constitue la famille maternelle dans laquelle, probablement pour des raisons physiologiques, les unions sont défendues. Cette *prohibition de l'inceste* s'est peu à peu étendue et a conduit au *Mariage par groupe*, à la *Polyandrie* et à l'*Exogamie*.

Le *mariage par groupe* a été observé notamment en Australie.

Dans ce système, la tribu se divise en deux groupes. Tout homme du premier groupe est le mari né de toute femme du second groupe, et réciproquement.

La *Polyandrie* est un mariage par groupe en petit. Dix ou douze hommes, par exemple, ont une même femme, comme au Malabar. Celle-ci est forcément le centre de la famille.

L'*Exogamie* est le mariage hors du groupe auquel on appartient. Cette coutume viendrait,

d'après certains auteurs, de l'infanticide des filles, fréquent chez les tribus très pauvres et qui oblige celles-ci à enlever des femmes aux tribus étrangères. Selon d'autres auteurs l'exogamie viendrait de ce que, dans les tribus promiscues, l'homme ne pouvait conserver pour lui seul que la captive qu'il avait prise à la guerre.

La famille maternelle ou *matriarcat* ne comporte que la *parenté utérine.* L'enfant n'appartient qu'à la famille de la mère (Lyciens ; Ibères). Cependant le chef de la famille maternelle n'était pas la mère, mais le plus proche parent de la mère.

3[e] *Stade : Patriarcat.* — Le passage du matriarcat au patriarcat vient sans doute des avantages (ainsi, liens plus durables et plus étroits entre la mère et le père) que présente cette dernière forme de la famille, à laquelle le culte des ancêtres donna une consécration religieuse. Le chef de famille a sur sa femme et ses enfants à peu près les droits d'un maître sur ses esclaves.

Dans le patriarcat *la conclusion du mariage* a lieu : 1° par *le rapt* collectif ou individuel des femmes ; 2° par *l'achat*. On est passé du rapt à l'achat de la façon suivante. Souvent les parents de la femme ravie cherchaient à user

de représailles sur le ravisseur. Pour les apaiser celui-ci était obligé de leur offrir des présents ou une somme d'argent. Peu à peu la coutume s'établit de payer d'avance au père de la femme une composition fixée par des tarifs d'usage. (Grèce ancienne. — Rome ancienne (coemptio).

La *condition de la femme* enlevée ou achetée diffère peu de celle de l'esclave. La femme est la propriété de son mari qui a sur elle un droit de vie et de mort. Avant son mariage la femme est asservie à son père, et après la mort de son mari à ses enfants. Elle est donc en *tutelle perpétuelle*, au moins à l'origine.

La *condition des enfants* est déterminée par celle de la mère. Nés d'une esclave, ils sont esclaves eux-mêmes. Le père est propriétaire de ses enfants, et il a sur eux droit de vie et de mort. (Exemple : Patria potestas à Rome). Tous les enfants nés pendant le mariage, même s'ils ne sont pas de lui, tombent sous sa puissance. Nous en trouvons la preuve dans l'institution du *Lévirat* chez les Hébreux (le frère de celui qui meurt sans postérité doit épouser la veuve du défunt : ce frère est le *lévir*, et le fils du lévir est légalement le fils du défunt dont la puissance paternelle survit après sa mort). Dans certains pays où le système du matriarcat a été plus tenace, le mari, pour établir ses

droits sur l'enfant de sa femme, simule un accouchement ; c'est ce que l'on appelle la *Couvade* : (Ibères ; Corse ; Brésil).

Le mari qui avait un droit de vie et de mort sur sa femme pouvait infliger à celle-ci le châtiment qu'il voulait quand elle était *adultère*. Au contraire l'infidélité du mari n'entraînait à l'origine aucun châtiment.

Dans le patriarcat, la parenté n'existe que par les hommes, c'est la *parenté agnatique*, qui s'oppose à la parenté naturelle ou *cognation*.

La famille patriarcale n'est pas restée ce qu'elle était à l'origine. Très étendue au début, elle a fini par devenir un petit groupe ne comprenant que le père et la mère avec leurs descendants. La *polygamie*, d'abord pratiquée dans cette famille, a fait place peu à peu à la *monogamie*, en passant par les trois étapes suivantes : polygamie avec prééminence d'une femme, monogamie avec concubinat, monogamie avec une femme libre tout en conservant plusieurs femmes esclaves.

En Gaule, après les Invasions, la famille se présente sous deux formes : 1° La parenté ; 2° la maison.

1° *La Parenté* est une sorte d'association comprenant tous les parents dont le devoir principal est de se défendre et de s'aider mutuelle-

ment. Au début cette association ne comprenait que les agnats, mais peu à peu les simples cognats y furent aussi admis. Les parents étaient responsables solidairement des délits commis par l'un d'eux, mais en revanche, ils étaient tenus solidairement de tirer vengeance des délits dont avait à souffrir un membre de leur famille. Les parents se devaient entre eux l'assistance en justice ; ils avaient droit à la succession, ainsi qu'à la tutelle des mineurs et des femmes.

2° *La Maison* ou *Mesnie*, organisée sur le type patriarcal, est la famille au sens étroit du mot. Le père a une autorité absolue sur sa femme et ses enfants, filles ou garçons. Mais peu à peu la puissance privée du chef de famille commença à décroître au profit de la puissance publique de l'Etat qui grandit sans cesse. Le roi, qui incarnait l'Etat, devint le protecteur naturel des gens sans défense, veuves, orphelins, pauvres, étrangers ; et c'est ainsi que débuta l'émancipation de l'individu.

### Ouvrages a consulter

*Viollet*. Histoire du droit civil français, 1893, p. 392. — *Brissaud*. Manuel d'histoire du droit français, 1904, p. 419. — *Engels*. L'origine de la famille, de la propriété et de l'Etat (tr. fr.), 1893. — *H. Spencer*. Principes de sociologie, tr. fr.,

t. II, III, 1879, 1883. — *Posada*. Théories modernes sur les origines de la famille, de la société et de l'Etat, 1897. — *Mac Lennan*. Primitive mariage, 1865. — *Giraud-Teulon*. Les origines de la famille, 1884. — *Lubock*. Origines de la civilisation (tr. fr.), 1873. — *Starcke*. La famille primitive (tr. fr.), 1891. — *Elie Reclus*. Les Primitifs, 1885. — *Kowalevsky*. Tableau des origines et de l'évolution de la famille et de la propriété, 1890.

## CHAPITRE II

### LE MARIAGE

§ 1. — *Evolution de la législation et de la juridiction en matière de mariage, des Invasions à la Révolution.*

1° *A l'époque franque*, la législation du mariage et le jugement des questions matrimoniales appartiennent toujours à l'Etat. L'Église respecte encore sur ce point le droit civil.

2° *A l'époque féodale*, grâce à l'anarchie régnante, l'Eglise arrive peu à peu à réserver à ses seuls tribunaux la connaissance des questions de mariage. Sa législation pénétrée de droit romain, de droit germanique et même de droit juif, repose sur ces deux idées principales : le mariage empêche l'incontinence, et c'est un sacrement qui symbolise l'union du Christ et de l'Eglise. Grâce à cette conception du mariage, l'Eglise moralisa l'union conjugale, protégea la faiblesse de la femme, et fonda ainsi la famille moderne ; toutefois la législation de

l'Eglise est loin d'être sans reproches, ainsi elle multiplie trop les empêchements au mariage, et elle défend le divorce ;

3° *A l'époque monarchique*, les progrès de l'absolutisme royal et les attaques de la Réforme firent perdre à l'Eglise la législation et la juridiction en matière de mariage. Les juristes, s'emparant de certaines idées de saint Thomas d'Aquin présentées par plusieurs prélats au Concile de Trente, conclurent que le mariage devait être soumis à l'Eglise en tant que sacrement et à l'Etat en tant que contrat civil.

L'Etat emprunta peu à peu à l'Eglise sa législation, et, sans lui contester sa juridiction, il parvint à lui enlever la connaissance de presque toutes les questions matrimoniales ;

4° *A l'époque révolutionnaire*, en vertu du nouveau principe de la liberté de conscience, le mariage civil fut organisé indépendamment de toute croyance et de tout mariage religieux.

### § 2. — *Les fiançailles*

1° *A l'époque barbare*, les fiançailles ou promesses de mariage constituaient un acte des plus importants. Déjà, au Bas-Empire, elles étaient souvent employées, par suite de la fré–

quence des donations *ante nuptias*. Chez les Germains, les fiançailles consistaient dans l'achat de la femme à son père. La remise du prix, pour lequel un taux légal finit par s'établir, était indispensable à la conclusion des fiançailles. Il en résulte que ces dernières se présentent à nous sous la forme d'un *contrat réel*, c'est-à-dire d'un contrat qui n'est parfait que par la remise d'une chose ou d'un prix. Pour l'accomplissement des fiançailles, le consentement de la femme n'était pas nécessaire.

Peu à peu une partie seulement du prix fut remise aux parents, et le reste constitua une dot pour la femme. Cette dernière fut enfin consultée, et même plus tard, sous l'influence des idées chrétiennes, le consentement de la femme devint nécessaire, les parents se bornant alors à autoriser leur fille. Enfin le contrat de *réel* devint *formel ;* c'est-à-dire que la remise du prix ne fut plus une condition essentielle pour sa perfection.

A l'époque barbare, les fiançailles sont un préliminaire indispensable du mariage, mais elles sont loin de se confondre avec lui.

2° *A l'époque féodale*, le droit canon considère le mariage comme formé par l'échange des consentements entre mari et femme. Il en résulte que les fiançailles se confondent alors fré-

quemment avec le mariage lui-même. Quand l'homme et la femme avaient manifesté leur intention de se prendre pour mari et femme immédiatement, les fiançailles étaient dites *par paroles de présent*, et elles équivalaient au mariage. Quand l'homme et la femme avaient déclaré vouloir s'épouser, seulement dans l'avenir, les fiançailles étaient dites *par paroles de futur*, et les fiancés étaient obligés de procéder plus tard au mariage.

3° *A l'époque monarchique*, le Concile de Trente ne laissa subsister que les fiançailles par paroles de futur ou *promesses de mariage*. Les fiançailles restèrent alors un contrat consensuel, mais constaté par un écrit, depuis une ordonnance de 1639. Quiconque était, ou pouvait espérer devenir capable de se marier, était capable de se fiancer. Ainsi les impubères pouvaient se fiancer à partir de sept ans, avec le consentement de leurs parents ou tuteurs. Les fiançailles se rompaient, soit par le mutuel dissentiment, soit par suite d'infamie, d'hérésie, d'injure grave, etc.

Jusqu'au début du XVIIe siècle, le fiancé qui refusait d'épouser pouvait être poursuivi devant le tribunal ecclésiastique, l'official, qui le forçait à s'exécuter. Plus tard l'official ne put que déclarer les fiançailles dissoutes, sauf la possi-

bilité pour le fiancé abandonné d'obtenir des dommages-intérêts devant le juge séculier.

Les fiançailles ont disparu de notre droit depuis la Révolution.

### § 3. — *Célébration du mariage.*

1° *Avant le Concile de Trente* (1563), en droit canonique, le mariage se formait par le *seul consentement* entre époux. L'Eglise dut lutter assez longtemps contre la coutume qui déclarait le mariage parfait, seulement *par la consommation.* Elle finit cependant par triompher, à tel point que la bénédiction nuptiale elle-même ne fut pas considérée comme un élément essentiel du mariage. L'usage du simple consentement entraîna la *clandestinité* du mariage, avec ses conséquences, les unes fâcheuses, comme la possibilité de bigamie, les autres avantageuses, comme le respect de la liberté de l'individu dans un acte aussi important et à une époque de violences et d'absolutisme.

2° *A partir du Concile de Trente* (1563), les futurs époux durent faire célébrer leur mariage, sous peine de nullité, par le curé de leur paroisse, en présence de deux ou trois témoins. Dès lors le mariage se transforma en un con-

trat solennel et public. L'Ordonnance de Blois de 1579 et la Déclaration royale du 26 novembre 1639 incorporèrent ces prescriptions du Concile de Trente dans la loi civile, et c'est ainsi que les curés devinrent des officiers de l'état civil et religieux.

Les protestants, jusqu'à la révocation de l'Edit de Nantes (22 octobre 1685), purent se marier devant leurs ministres. Mais à partir de cette époque, et jusqu'à un édit de 1787, ils durent faire célébrer leur mariage devant le curé catholique.

3° *Le droit Révolutionnaire* sécularisa complètement le mariage. Le principe fut posé par la Constitution de 1791 qui fit du mariage un simple contrat civil conclu devant un officier municipal. (Décret du 20 septembre 1792).

## § 4. — *Empêchements au mariage*

1° *Evolution générale.* — Le *droit germanique* exigeait pour le mariage le consentement des parents et des époux, et surtout l'égalité de condition ou de classe chez les futurs conjoints. Le *droit canonique*, se plaçant à un point de vue religieux et moral, multiplia les empêchements au mariage, pour suppléer à l'absence

du divorce. Plus tard la *législation royale* exigea rigoureusement le consentement des parents. Enfin le *droit révolutionnaire* supprima la plupart des empêchements et considéra le mariage comme un contrat ordinaire.

2° *Division des empêchements en empêchements dirimants et empêchements prohibitifs.* — C'est l'Eglise qui a créé la division des empêchements en dirimants et prohibitifs. L'empêchement *prohibitif* est celui qui met un obstacle légal à la célébration du mariage, mais n'a pas assez de puissance pour le faire annuler, si, en fait, il a été célébré au mépris de l'empêchement. L'empêchement *dirimant*, non seulement met, comme l'empêchement prohibitif, un obstacle légal à la célébration, mais il permet, si l'obstacle a été franchi, d'attaquer le mariage et de le faire annuler.

A. *Empêchements dirimants :* a) *Absence du consentement* (ivresse ; folie, etc.) ;

b) *Vices du consentement* (erreur sur la personne ou sur la condition ; violence ; rapt par suite de violence ou de séduction) ;

c) *Absence du consentement des parents :* L'Eglise, malgré l'exemple contraire du droit romain et des coutumes germaniques, ne considéra l'absence de consentement des parents que comme un empêchement prohibitif. Au

contraire le droit monarchique, à partir d'un édit de février 1556, obligea les fils à se munir du consentement des parents, jusqu'à trente ans, et les filles jusqu'à vingt-cinq ans. Passé cet âge ils durent requérir l'avis et le conseil de leurs parents. L'absence du consentement des parents entraînait la nullité du mariage du mineur et même son exhérédation. Le droit révolutionnaire fixa la puberté à quinze ans pour les garçons et à treize ans pour les filles, et ne rendit le consentement des parents obligatoire, sous peine de nullité du mariage, que jusqu'à vingt et un ans.

d) *Incapacité.* — L'incapacité peut provenir soit de l'*impuberté*, c'est à-dire de ce que la femme a moins de douze ans, et le mari moins de quatorze ans, au moment du mariage ; soit de *l'impuissance* antérieure au mariage et incurable. C'est à l'Eglise que l'on doit cette sorte d'empêchement. Pour constater l'impuissance, on en vint jusqu'à la visite corporelle par experts.

e) *Parenté : α Parenté naturelle.* — Le droit canon prohiba le mariage à l'infini en ligne directe et en ligne collatérale jusqu'au septième degré. Mais l'Eglise s'étant appropriée le mode de calcul de la parenté du droit germanique, que l'on examinera plus loin, le septième degré

devint en fait le quatorzième degré. En effet du septième degré, en remontant jusqu'à l'auteur commun et en redescendant jusqu'au septième degré, on arrive à un total de quatorze degrés. Cette parenté éloignée, que l'on oubliait souvent au moment du mariage, était fréquemment invoquée par les époux qui voulaient faire annuler leur union. Pour éviter cet abus, l'Eglise se mit à accorder beaucoup de dispenses, jusqu'au jour où le concile de Latran en 1215 limita l'empêchement au quatrième degré.

β) *Parenté civile.* — C'est celle qui existe, par exemple, entre parents adoptifs. Elle produisait, au point de vue du mariage, les mêmes effets que la parenté naturelle.

γ) *Parenté spirituelle.* — C'est celle qui résulte du baptême. Au début parrain et marraine ne pouvaient se marier ensemble, ni épouser les père et mère du filleul. A l'époque monarchique on permit au parrain et à la marraine de s'épouser.

δ) *Alliance.* — L'alliance résultant du mariage fut limitée au quatrième degré, en ligne collatérale, par le concile de Latran, en 1215. L'alliance résultant d'un commerce illicite fut restreinte aux premier et deuxième degrés, par le concile de Trente.

ε) *Empêchements dits d'honnêteté publique.* — Le mariage était défendu entre un fiancé et les parents au premier degré de l'autre fiancé, et entre l'époux d'un mariage non consommé et les parents de l'autre époux.

Le droit révolutionnaire, par la loi du 20 septembre 1792, abolit tous les empêchements provenant de la parenté, sauf entre parents ou alliés en ligne directe, et entre frère et sœur en ligne collatérale.

f) *Incompatibilités provenant du mariage et de certaines conditions :*

α) *Existence d'un précédent mariage ;*

β) *Engagement dans les ordres majeurs ;*

γ) *Vœux monastiques ;*

δ) *Diversité de religion :* Ainsi en 1680 un Edit déclara nuls les mariages entre catholiques et protestants. Cependant l'Eglise finit par admettre ces mariages, mais en prenant des précautions pour éviter la conversion de l'époux catholique à la religion de son conjoint ;

ε) *Adultère :* le mariage est défendu entre l'adultère et son complice ;

ς) *Prohibition du mariage* entre un conjoint et le meurtrier de l'autre conjoint.

B. — *Empêchements prohibitifs.* a) *Fiançailles :* Le mariage est défendu entre un fiancé et une personne autre que l'autre fiancé ;

b) *Vœux simples ;*

c) *Pénitence publique ;*

d) *Crime atroce* (meurtre d'un prêtre ; d'un mari par sa femme ou réciproquement ; mariage avec une religieuse) ;

e) *Défense de se marier dans certaines périodes :* Ainsi du mercredi des Cendres à l'octave de Pâques ; pendant les trois semaines qui précèdent la fête de saint Jean-Baptiste, et de l'Avent à l'Epiphanie ;

f) *Hérésie ;*

g) *Défense par le juge ecclésiastique de contracter un mariage*, jusqu'à ce qu'un empêchement prohibitif soit levé.

3° *Des oppositions au mariage.* — Le curé qui devait célébrer le mariage était averti qu'il y avait une opposition, grâce à la *dénonciation évangélique.* Le curé, en publiant les bans en chaire, obligeait en effet tout fidèle à faire connaître les empêchements au mariage.

Le droit de *faire opposition* appartint d'abord au fiancé qui réclamait l'exécution du mariage avec lui-même, puis aux parents, aux tuteurs et aux curateurs. L'opposition signifiée par huissier au curé empêchait celui-ci de célébrer le mariage, avant que la partie opposante ou le juge eût donné main-levée. Cette pratique engendra beaucoup de vexations et d'abus. Aussi

la loi du 20 septembre 1792 restreignit à un petit nombre de personnes le droit de faire opposition et obligea le juge à statuer dans un bref délai.

4° *Des dispenses de mariage.* — Les dispenses furent un remède imaginé pour parer au trop grand nombre d'empêchements que l'Eglise avait créés autour du mariage. A l'origine il n'y avait pas de dispenses. Mais dès le XIIe siècle le pape eut le pouvoir d'en accorder, et plus tard l'Etat finit par s'attribuer le même droit.

On n'octroya de dispenses que pour les empêchements de droit humain (ainsi pour les mariages entre oncle et nièce, et entre cousins-germains). Mais on en accorda une très grande quantité et moyennant finances ; malgré les recommandations contraires du Concile de Trente sur ces deux points.

Depuis la Révolution il y a très peu de dispenses, parce qu'il y a beaucoup moins d'empêchements que dans l'ancien droit.

5° *Des nullités de mariage.* — En principe quand un empêchement au mariage était violé, toute personne pouvait intenter une action pénale devant l'official qui annulait le mariage. Cependant quand la persistance du mariage ne mettait pas les époux en état de péché (ainsi : impuissance ; impuberté), ces derniers seuls

avaient le droit d'intenter l'action devant l'official. On admettait, en effet, que dans ce cas le mariage pouvait subsister au gré des époux. Si, au contraire, en restant mariés les époux se trouvaient en état de péché, on déclara plus tard que l'action n'appartiendrait qu'aux parents et à leur défaut aux voisins et aux étrangers. C'est ainsi qu'on s'achemina vers la distinction des nullités absolues et des nullités relatives.

Cette distinction fut définitivement établie par la jurisprudence des Parlements qui sépara les *nullités absolues et d'ordre public*, que tout intéressé et le ministère public pouvaient faire valoir, des *nullités relatives* qui ne pouvaient être opposées que par l'un des époux et leur père, mère ou tuteur.

Les actions en nullité étaient imprescriptibles et se poursuivaient devant les officialités. Quant aux dommages-intérêts, ils étaient demandés devant les juges civils.

Les *mariages in extremis*, les *mariages secrets* et ceux des *morts civils* étaient dépourvus d'effets civils. Ainsi les enfants issus de ces mariages ne succédaient pas.

6° *Des mariages putatifs*. — Quand l'empêchement au mariage avait disparu, les époux étaient forcés par le tribunal de l'officialité de *réhabiliter* leur union, c'est-à-dire de célébrer

de nouveau leur mariage. Peu à peu les Parlements transformèrent cette obligation en une simple faculté pour les époux.

A l'origine quand, en raison de la nature de l'empêchement, la réhabilitation était impossible, le mariage des époux, même de bonne foi, ne produisait aucun effet. Ainsi les enfants issus de ce mariage étaient déclarés illégitimes. C'est seulement à partir du XIII[e] siècle que, d'abord dans l'intérêt des enfants, puis dans celui du conjoint de bonne foi, on fit produire à cette union les effets d'un mariage valable. Ainsi fut créée la théorie des mariages putatifs.

## § 5. — *Effets du mariage*

A l'origine le mariage ne donnait des droits qu'au mari, sans le soumettre à aucun devoir. Plus tard, sous l'influence de la législation canonique, la femme acquit aussi des droits, et le mari eut des devoirs à remplir envers elle.

Le mariage entraînait le *devoir de fidélité*. A l'origine, *la femme adultère* était punie par le mari lui-même qui pouvait la tuer avec son complice, s'il la surprenait en flagrant délit. Lorsqu'il n'y avait pas flagrant délit, les tribu-

naux condamnaient la femme à mort. Quant à l'*adultère du mari*, il n'était pas puni. L'Eglise, se montrant plus humaine, se contenta d'infliger des pénitences à la femme adultère ; elle fit de même pour le mari adultère.

Jugé d'abord par les tribunaux d'Eglise, le délit d'adultère rentra plus tard dans la compétence des tribunaux civils. A l'époque féodale la femme coupable subissait la *peine de la course:* la femme dépouillée de ses vêtements, était poursuivie à coups de fouet à travers les rues. A l'époque monarchique, la femme adultère était enfermée dans un couvent et perdait ses gains nuptiaux. A cette peine on substitua bientôt les lettres de cachet. A la fin de l'ancien régime, le mari seul pouvait accuser sa femme d'adultère. S'appuyant sur la tradition, la législation civile ne punit pas l'adultère du mari.

### § 6. — *Dissolution du mariage*

Le mariage, considéré par l'Eglise comme indissoluble, ne peut se rompre que par la *mort* de l'un des époux.

Le *divorce*, très pratiqué à Rome et dans le monde antique, prit place dans les lois barba-

res. Ainsi en droit germanique, le mari avait la faculté de répudier sa femme. Le christianisme condamna le divorce en vertu de ce principe, proclamé par saint Augustin, que le mariage était l'image de l'union indissoluble du Christ et de l'Eglise. Cependant en fait jusqu'au IXe siècle, la pratique du divorce était si enracinée dans les mœurs que l'Eglise fut souvent obligée de l'admettre.

Le divorce fut remplacé par la *séparation de corps*, en cas de nullité de mariage, et la *séparation d'habitation* pour cause d'adultère de la femme, de sévices graves du mari, d'apostasie ou d'hérésie. La séparation d'habitation fut réglementée par les Parlements, et ses causes furent laissées à l'appréciation des juges séculiers. La séparation ne rompt pas le lien du mariage ; elle dispense les époux du devoir de cohabitation, mais non du devoir de fidélité. Enfin elle entraîne la séparation de biens.

L'*Eglise réformée* s'appuyant sur la Bible, admit le divorce en cas d'adultère, en cas d'abandon d'un des époux, et pour cause de sévices graves. De leur côté les *Philosophes du* XVIIIe *siècle* proclamèrent la nécessité du divorce en vertu de ce principe que le mariage est un contrat ordinaire.

*Le droit révolutionnaire* appliquant le même

principe que les philosophes, admit le divorce qui fut organisé par un décret du 20 septembre 1792. Le divorce était permis dans trois cas : 1° pour des causes déterminées ; 2° par consentement mutuel ; 3° pour incompatibilité d'humeur. Un décret du 4 floréal an II (22 avril 1794) alla plus loin, en prononçant le divorce sur la simple production d'un acte de notoriété constatant que les époux vivaient séparés de fait depuis six mois au moins, ou que l'un d'eux avait abandonné l'autre depuis le même temps. Les époux divorcés avaient la faculté de se remarier dans tous les cas, même entre eux ; mais ils devaient laisser s'écouler le délai d'un an. Les biens se partageaient après le divorce, comme en cas de mort d'un des époux. Les arbitres de famille statuaient sur la garde des enfants et sur la pension viagère à allouer à l'époux indigent. Sous l'influence de cette législation, on compta à Paris en l'an IX mille divorces pour trois mille mariages. Aussi en 1795 on suspendit le décret du 4 floréal an II. Malgré les protestations des catholiques, le divorce fut admis par le Code civil, sauf pour incompatibilité d'humeur, et la séparation de corps fut rétablie. Le divorce disparut de nouveau de nos Codes en 1816 et ne reparut qu'en 1884.

## § 7. — *Des secondes noces.*

A la différence du droit romain, le *droit germanique* vit d'un mauvais œil les seconds mariages des veuves, à cause de la forme patriarcale de la famille. La veuve, en effet, devait, à la mort de son mari, passer sous l'autorité du nouveau chef de famille qui était ou son fils ou le frère de son mari.

Dans la loi Salique et dans les Capitulaires ajoutés à cette loi, il est dit, qu'en cas de secondes noces le nouveau mari doit payer une certaine somme aux parents maternels de la veuve, et, à défaut, aux parents de son premier mari, pourvu qu'ils ne soient pas les héritiers de celui-ci. En outre, la veuve doit abandonner aux parents de son premier mari environ un dixième de la dot qui lui a été constituée par ce dernier, ainsi qu'une partie de son mobilier. Quant au veuf qui se remarie, il conserve la dot jusqu'à la majorité des enfants ; faute d'enfants il en laisse les deux tiers aux plus proches parents de la femme, en retour d'une part du mobilier.

*L'Eglise* vit aussi les secondes noces d'un mauvais œil, toujours d'après ce principe que

le mariage doit symboliser l'union unique du Christ et de l'Eglise. Le droit canon attacha certaines peines aux secondes noces (ainsi : pénitences ; incapacité de recevoir les ordres sacrés ; pas de bénédiction nuptiale).

Au contraire le *droit féodal* poussait les veuves au mariage. On voulait ainsi que les veuves ne perdissent pas leurs biens, et surtout que le service du fief fût assuré. C'est sous l'influence de cette législation, que l'Eglise ne frappa pas d'infamie *la veuve qui se remariait avant l'expiration de l'an de deuil.* Le Parlement de Paris fit de même. Les pays de droit écrit appliquèrent à la femme qui se remarie dans l'an de deuil les peines suivantes : la veuve perd les libéralités et les avantages que lui a fait son mari ; la veuve sans enfants ne peut donner à son mari plus du tiers de ses biens ; elle n'a pas le droit d'hériter de ses parents collatéraux au delà du troisième degré, et ne peut recevoir des étrangers aucune donation pour cause de mort. La veuve qui *se remarie après l'an de deuil* perd seulement la propriété des gains nuptiaux qui lui viennent de son premier mari.

Dans les pays de droit écrit on reprit les lois romaines en *faveur des enfants du premier lit* (Edit de juillet 1560). Entre autres, on défendit

aux veuves de faire à leur nouveau mari une donation qui dépassât une part d'enfant le moins prenant. Cette défense, reprise par la Coutume de Paris, est passée dans notre Code civil (art. 1098).

### § 8. — *Unions autres que le mariage.*

En *Droit germanique,* à côté du mariage entre personnes libres d'égale condition, on trouve le *Concubinat* et l'*union avec des esclaves.*

*L'union entre esclaves* était un mariage véritable ; quant à celle des personnes libres et des esclaves, elle était traitée différemment suivant les cas.

*Le concubinat* était l'union d'un homme libre avec une femme libre, mais de basse condition, comme une affranchie. Ni la concubine ni ses enfants n'acquéraient le rang du père.

*L'Eglise* rejeta le concubinat et toutes les unions en dehors du mariage. Cependant, dans certains lieux, le concubinat ne disparut complètement qu'au XVI[e] siècle. Quant au *concubinage*, simple union de fait, il était puni par l'Eglise d'excommunication, mais la loi civile ne lui infligeait aucune peine.

*Le mariage morganatique* présente les traits

essentiels du mariage ordinaire ; mais ni la femme ni les enfants n'ont le rang social du mari. La femme n'a sur les biens du mari que les droits que lui reconnaît son contrat de mariage et les enfants n'ont qu'un droit alimentaire. Ce genre de mariage, usité surtout dans la classe aristocratique, eut pour cause des motifs politiques, comme l'indivisibilité des fiefs.

### Ouvrages a consulter

(*Evolution de la législation...*) : ***Brissaud***, Manuel..., p. 1007. — ***Esmein***. Le mariage en droit canon, 1891, — ***Lefebvre***. Histoire du droit matrimonial français, 1900. — ***Dessaules***. Erreurs de l'Eglise sur le mariage, 1894. — ***Bridel***. Le droit des femmes, 1893.

(*Fiançailles*) : ***Brissaud***. Manuel..., p. 1013. — ***Roche***. Essai sur les origines des fiançailles, 1898.

(*Célébration du mariage*) : ***Viollet***. Histoire du droit..., p. 428. — ***Brissaud***. Manuel..., p. 1020. — ***Beauchet***. Etude historique sur les formes de la célébration du mariage (N. R. H. 1882, p. 380). —***Sagnac***. Législation civile de la Révolution, 1898.

(*Empêchements au mariage*) : ***Viollet***. Histoire..., p. 420. — ***Brissaud***. Manuel..., p. 1030.

(*Effets du mariage*) : ***Brissaud***. Manuel..., p. 1053. — ***Meynial***. Le mariage après les invasions. (N. R. H. 1898, p. 44).

(*Dissolution du mariage*) : ***Viollet***. Histoire..., p. 452. — ***Brissaud***. Manuel..., p. 1057. —***Naquet***. Le divorce, 1881. — ***Lehr***. Mariage, Divorce, Séparation de corps, 1899. — ***Sagnac***. Législation..., p. 282.

(*Secondes noces*) : ***Brissaud***. Manuel..., p. 1069. — ***Jolly***. Des seconds mariages, 1896.

(*Unions autres que le mariage*) : ***Brissaud***, p. 1074.

## CHAPITRE III

### PUISSANCE MARITALE ET CONDITION DES FEMMES MARIÉES ET DES FEMMES NON MARIÉES.

#### § 1. — *Puissance maritale.*

1° *Fondement de la puissance maritale.* — Dans les pays de *droit coutumier*, cette puissance avait pour fondement à la fois : 1) un reste du *mundium germanique* (autorité du chef de famille) ; 2) l'idée qu'une direction unique est nécessaire pour gérer le patrimoine matrimonial ; 3) la faiblesse physique et l'inexpérience de la femme.

*L'Eglise* fortifia cette puissance maritale en proclamant que la femme qui désobéissait à son mari commettait un péché mortel.

En dépit de ces exemples, les pays de *droit écrit* n'acceptèrent pas le principe de l'incapacité de la femme mariée.

Le *Droit révolutionnaire* proclama l'égalité des époux ; mais le *Code civil* étendit à toute la France la puissance maritale des pays de droit coutumier.

2° *Conséquences de la puissance maritale.* — A. — *La femme change de famille ;* elle passe de la puissance paternelle sous celle de son mari.

B. — *La femme est soumise au droit de correction* du mari qui a sur elle, du moins à l'origine, droit de vie et de mort. Au XII[e] et au XIII[e] siècle, les Coutumes permettent encore au mari de frapper sa femme quand elle est en faute. L'Eglise oblige la femme à obéir à son mari, mais elle lui accorde la séparation d'habitation dans le cas où celui-ci la maltraite sans motifs.

C. — *La femme a besoin de l'autorisation maritale* pour accomplir les actes juridiques. En droit germanique la femme n'a encore aucune personnalité en dehors de celle de son mari qui est propriétaire de ses biens. Plus tard, quand la femme commence à avoir des biens à elle, le mari, de propriétaire devient simple usufruitier. La femme peut alors agir, mais avec l'autorisation maritale qui est toujours nécessaire, sauf lorsque la femme exerce un *commerce séparé*, pour lequel elle est pleinement capable.

La femme ne peut *ester en justice*, sans l'assistance de son mari, excepté en matière criminelle. Il en est de même pour l'accomplissement des *actes entre vifs* (vente, donation, etc.). Dans

le droit primitif elle ne peut *tester* sans l'autorisation du mari ; elle devient capable à ce point de vue dans les Coutumes du XVI[e] siècle.

Au début, pour *donner son autorisation*, le mari était obligé de faire sien l'acte de sa femme. Plus tard l'autorisation devint un simple consentement ; mais elle devait être spéciale à chaque acte et non générale. Le mari devait figurer en personne dans les procès où sa femme était en cause ; il n'en était pas de même dans les actes extrajudiciaires, comme la vente, pour laquelle une autorisation expresse suffisait.

L'*autorisation de la justice* pouvait suppléer celle du mari, lorsque ce dernier était absent ou malade, et quelquefois aussi, quoiqu'il y ait des hésitations sur ce point, lorsqu'il était mineur. Si le mari refusait son autorisation, à l'origine la femme ne pouvait passer outre, mais à partir du XVI[e] siècle la justice autorisait la femme dans ce cas.

L'autorisation maritale était nécessaire même à la *femme séparée de biens*, lorsqu'elle voulait aliéner ses immeubles. Elle ne pouvait disposer seule que de ses meubles et des revenus de ses immeubles.

En donnant son autorisation, le mari s'obligeait lui-même. Quant à l'autorisation de justice, elle ne liait pas le mari. La femme autori-

sée par son mari ou par la justice devenait pleinement capable.

En cas de *défaut d'autorisation*, jusqu'au XVIe siècle, l'acte ne pouvait être opposé aux époux durant le mariage, mais il pouvait être opposé à la femme quand le mariage était dissout. A partir du XVIe siècle, dans un but de protection de la femme, on lui permit d'invoquer la nullité de l'acte accompli sans autorisation. Quant aux tiers qui avaient traité avec la femme non autorisée, certains auteurs, comme Beaumanoir et Pothier, leur accordaient une action en nullité.

### § 2. — *Condition des femmes non mariées.*

1° *En droit germanique.* — Au milieu d'une société où dominait la violence, la femme, en raison de sa faiblesse physique, était sous une *tutelle perpétuelle*, soit de son père, soit de son mari, soit de ses enfants, soit même du roi. Aussi était-elle incapable d'avoir un patrimoine propre, et ne jouissait-elle d'aucun droit politique. Sur ce dernier point, l'incapacité de la femme a persisté jusqu'à nos jours. Cependant à la longue, on permit à la femme non mariée, possesseur d'un fief, de siéger à la cour féo-

dale. De même, dans certaines localités, la femme non mariée qui avait un foyer séparé pouvait figurer dans les assemblées de village.

2° *En droit féodal.* — L'émancipation des femmes non mariées, au point de vue du droit privé, se fit peu à peu, sous l'influence du droit romain, des idées chrétiennes, de la désorganisation du groupe familial, et de l'immixtion de l'Etat dans le cercle des intérêts privés. La tutelle des femmes, qui était déjà en décadence à l'époque franque, n'existe plus à l'époque féodale. Il ne subsiste alors qu'une seule inégalité au détriment de la femme ; c'est en matière de succession, comme on le verra plus loin.

Cependant dans le Midi, à la suite de la renaissance du droit romain, on voulut réduire la capacité de la femme, en lui appliquant le *Sénatus-Consulte Velléien*, en vertu duquel à Rome la femme mariée ou non ne pouvait pas s'obliger pour autrui, en raison de sa faiblesse et de son inexpérience des affaires. Malgré de nombreux efforts, surtout au XIV[e] siècle, les renonciations au bénéfice de ce Sénatus-Consulte, fréquentes dans le Midi, finirent par devenir de style dans le Nord.

3° *En droit monarchique.* — Un édit d'août 1606 abolit le Sénatus-Consulte Velléien dans les pays de droit coutumier. Dans les pays de

droit écrit il ne disparut complètement qu'avec la promulgation de l'article 1125 du Code civil.

4° *En droit révolutionnaire.* — La Révolution chercha à émanciper la femme ; elle lui accorda le droit d'être témoin dans les actes civils, mais elle lui refusa les droits politiques.

### Ouvrages a consulter

(*Puissance maritale*) : *Viollet.* Histoire..., p. 287, et 294. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1078. — *Glasson.* Histoire du droit et des institutions de la France, III, 51 ; VII, 148. — *Gide.* Condition privée de la femme, 2e édit., 1887. — *Lefebvre.* Hist. du droit matrimonial français (déjà cité).

(*Condition des femmes*) : *Viollet.* Histoire..., p. 294. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1132. — *Glasson.* Histoire..., III, 51 ; VII, 119. — *Gide.* Condition privée de la femme (déjà cité). — *Giraud.* Essai sur la condition des femmes, 1883.

# CHAPITRE IV

## PUISSANCE PATERNELLE ET CONDITION DES ENFANTS LÉGITIMES ET DES ENFANTS ILLÉGITIMES

### § 1. — *Sources de la puissance paternelle*

Dans les pays de droit coutumier, la puissance paternelle tire ses origines surtout du droit germanique, et dans les pays de droit écrit elle a sa source dans la puissance paternelle romaine.

En *droit germanique* les droits du père sur l'enfant ne dérivent pas du fait de la paternité, mais du *mundium* ou puissance maritale sur la femme.

Le *droit canonique* et le droit postérieur font dériver la puissance paternelle de la filiation légitime, et, exceptionnellement, de la légitimation et de l'adoption. La connaissance des questions de filiation appartenait aux tribunaux

ecclésiastiques. Ce sont eux qui ont arrêté toutes les règles du droit moderne sur la durée de la grossesse, sur la présomption *pater is est*, sur le désaveu et sur la preuve de la filiation.

### § 2. — *Evolution de la puissance paternelle du droit germanique et de la patria potestas romaine.*

1° *En droit germanique et en droit coutumier.* — Le père seul exerçait la puissance paternelle en droit germanique. Elle lui donnait le droit de vie et de mort sur son enfant; il pouvait le vendre et le livrer en otage. Le père pouvait marier ses filles sans leur consentement, et enfermer de même ses fils dans un couvent. Il était responsable des délits commis par ses enfants, et il tirait vengeance de ceux dont ils étaient victimes. Seul il pouvait contracter ou ester en justice pour ses enfants. Ces derniers ne possédaient rien en propre ; tout appartenait au père. Cependant, en vertu du principe de la copropriété familiale, les enfants intervenaient aux aliénations et aux partages du patrimoine faits par le père.

Sous l'influence des idées chrétiennes, cette puissance paternelle si tyrannique s'adoucit.

C'est ainsi que naquit la *Mainbournie* des *pays de droit coutumier*. La mainbournie n'est qu'un pouvoir de protection établi dans l'intérêt de l'enfant et qui cesse à la majorité de celui-ci. La mère peut l'exercer en l'absence du père. La mainbournie permet à l'enfant d'avoir des biens séparés.

2° *La patria potestas romaine*. — Tous les traits de la mainbournie coutumière la distinguent fortement de la *patria potestas* romaine qui régnait dans les *pays de droit écrit*. Celle-ci subsistait durant toute la vie du père ; mais la mère ne pouvait l'avoir. Le père avait l'usufruit des biens du fils qui était incapable de tester et de s'obliger. La *patria potestas* disparaissait par voie d'émancipation tacite, ainsi par le mariage. On finit peu à peu par admettre que les biens acquis par le fils lui appartiendraient. Ce trait rapprocha la condition du fils de famille dans le Midi, de celle du fils majeur dans les pays de Coutumes.

## § 3. — *Effets de la puissance paternelle*

1° *Sur la personne de l'enfant*. — A *l'époque féodale* le père avait le droit d'élever son enfant à sa guise et de choisir sa religion. Il avait sur

lui le droit de correction ; ainsi il pouvait le battre, pourvu qu'il ne le blessât pas grièvement. Il pouvait même le tenir en prison chez lui.

A *l'époque monarchique*, le père n'avait le droit de mettre son enfant en prison qu'en s'adressant à l'autorité publique et aux tribunaux ; ce qui eut pour conséquence d'obliger le père à rendre compte à l'État de l'exercice de son pouvoir. Jusqu'à la fin du XVII[e] siècle, les obligations des parents envers leurs enfants furent peu précises et dépourvues de sanction. Même à cette époque, dans les pays de droit coutumier, les parents ne sont pas tenus de doter leurs filles ; il en est tout autrement dans les pays de droit écrit et en Normandie. Enfin peu à peu les parents perdirent le droit de forcer leurs enfants à se marier ou à entrer dans les ordres religieux.

2° *Sur les biens de l'enfant*. — A l'origine le fils vivant avec son père ne pouvait avoir de biens personnels, à cause de la persistance de la communauté familiale. Cependant au XIII[e] siècle, le père n'avait plus que la jouissance et l'administration des biens que l'enfant avait recueillis dans la succession de sa mère ou de ses parents maternels.

Lorsque la communauté familiale fut désor-

ganisée, l'enfant eut le droit de posséder un patrimoine distinct dont le père et la mère avaient l'*administration*. Quant à l'*usufruit légal* des biens de l'enfant, en principe le droit coutumier ne le donnait pas au père. Au contraire, dans les pays de droit écrit, cet usufruit existait toujours, mais il ne portait pas sur les gains réalisés par l'enfant dans les emplois de la guerre, de la magistrature, du barreau et de l'Eglise.

3° *Capacité de l'enfant en puissance paternelle*. — L'incapacité absolue qui, à l'origine, pesait sur l'enfant en puissance paternelle, n'existe plus à partir du XIII^e siècle. On arrive même à déclarer presque que l'enfant en puissance jouit de la pleine capacité civile, dès qu'il est majeur. Cependant on discuta à propos du *droit de tester*. Dans les pays de droit écrit on refusa ce droit à l'enfant. Quant aux *délits* commis par l'enfant, on fit peu à peu prévaloir le principe que le père n'est responsable que des réparations civiles.

4° *Du droit de la mère sur l'enfant*. — Ce droit était très minime dans les pays de coutumes. La mère élevait l'enfant sous la surveillance du mari. Son consentement était requis pour le mariage de l'enfant, mais en cas de désaccord la volonté du père l'emportait. La

mère avait la garde de l'enfant en cas de mort, d'absence ou de maladie du père. Dans les pays de droit écrit, la mère avait une situation encore plus effacée ; cependant l'enfant mineur tombait sous la tutelle légitime de sa mère au décès de son père.

### § 4. — *L'émancipation*

Dans les pays *de droit écrit*, en principe, il n'existait que *l'émancipation expresse* qui résultait d'une déclaration devant le juge ou d'un acte notarié. Mais à côté surgit dans certaines localités *l'émancipation tacite* qui résultait, par exemple, du mariage, de la vie séparée pendant dix ans, etc., etc.

Dans les pays de *droit coutumier*, à l'origine on ne connaissait que l'institution de la *Foris Familiatio* des enfants majeurs. C'était une sorte d'émancipation qui avait lieu par le seul fait de l'établissement séparé de l'enfant au su et vu de son père. Pour les filles l'établissement séparé résultait du mariage qui les émancipait. On finit même par édicter la règle que tout mariage émancipe, qu'il s'agisse du fils ou de la fille. Vers le XIV[e] siècle, le droit coutumier emprunta au droit romain

*l'émancipation expresse* devant l'autorité publique, et l'émancipation *par lettres du prince.* A partir du XVI^e siècle, *la majorité* emporta en général par elle-même l'émancipation. L'émancipé par l'âge acquérait la pleine capacité. Il n'en était pas toujours de même des enfants émancipés pour d'autres causes que l'âge.

## § 5. — *La puissance paternelle dans le Droit révolutionnaire*

La Révolution abolit la *patria potestas* du droit écrit sur les enfants majeurs ; elle abolit aussi l'exhérédation ; elle ne requit le consentement des parents au mariage que jusqu'à vingt et un ans, et elle subordonna le droit de correction à l'approbation d'un tribunal de famille. Enfin l'exercice de la puissance paternelle fut confié au père, et, à défaut du père, à la mère.

Le *Code civil* réagit sur les tendances individualistes de la Révolution et chercha à rétablir l'ancienne autorité paternelle.

## § 6. — *Condition des Enfants illégitimes*

1° *En droit germanique.* — Chez les Germains et chez les Francs, les enfants légitimes

ou illégitimes se rattachaient au père, pourvu qu'il les acceptât. Ainsi, si l'enfant naturel était né d'une *femme libre*, il appartenait à la famille de son père, si ce dernier l'avait accepté, et il venait à la succession des biens paternels en concours avec les enfants légitimes. Si l'enfant naturel était né d'une *femme esclave*, il restait l'esclave de son père, comme sa mère elle-même ; il ne succédait pas, et ses biens, à sa mort, ne pouvaient revenir qu'à son père.

2° *En droit canonique et en droit féodal.* — L'Eglise partant de ce principe que toute union autre que le mariage est un péché, déclara illégitime tout enfant né hors mariage, le rejeta hors de la famille, et, par cela même le mit presque hors la loi. Heureusement que le prince, à l'époque franque, et plus tard le seigneur féodal protégèrent les enfants naturels. Malgré cela ces enfants étaient souvent considérés comme des serfs, et parfois ils ne pouvaient succéder, même à leur mère. Ils n'avaient pas le droit de recevoir des bénéfices ecclésiastiques, d'exercer des fonctions publiques, d'être juges et d'acquérir des fiefs. Comme correctif à son principe si rigoureux, l'Eglise déclara que les enfants naturels avaient droit à des aliments de la part de leurs parents. Elle facilita aussi leur *légitimation*. C'est même, grâce au droit canon

et aux tribunaux ecclésiastiques, que la légitimation est entrée dans notre droit. Enfin l'Eglise obligea le séducteur à épouser la fille séduite ou à la doter.

3° *En droit monarchique*. — La condition des enfants naturels se releva à l'époque monarchique. Le droit de cette époque fit disparaître la plupart de leurs incapacités, mais il maintint le principe qu'*ils n'avaient pas de famille*. De ce principe, aussi bien en droit coutumier qu'en droit écrit, découlèrent les conséquences suivantes :

A. — Le roi ou exceptionnellement le seigneur succédait à l'enfant naturel ;

B. — Jusqu'au XVI[e] siècle, l'enfant naturel ne pouvait tester ;

C. — L'enfant naturel ne succédait pas ;

D. — Il ne pouvait recevoir par donation ou par testament que des aliments.

La *preuve de la filiation naturelle* résultait soit de la reconnaissance volontaire ou de l'aveu tacite ou exprès des parents, soit de la constatation en justice de la maternité ou de la paternité.

*La recherche de la paternité* fut en effet permise dans l'ancien droit. On le fit dans l'intérêt de l'enfant, des filles-mères qui le gardaient, et, en Bretagne, dans l'intérêt des paroisses qui

étaient tenues de subvenir aux besoins de l'enfant naturel. Voici comment était organisée la recherche de la paternité : il suffisait qu'une fille enceinte déclarât qu'un tel était l'auteur de sa grossesse, pour qu'elle obtînt de lui une pension alimentaire pour l'enfant et des frais de gésine pour elle. Mais l'attribution de ces frais ne préjugeait en rien la question de paternité ; car la mère devait ensuite démontrer en justice par des écrits ou d'autres preuves que l'homme qu'elle poursuivait était bien le père de son enfant. Si elle gagnait son procès, elle obtenait des aliments pour son enfant et des dommages-intérêts pour elle.

4° *En droit révolutionnaire.* — A l'époque de la Révolution, le législateur, pour éviter le renouvellement des scandales qu'avait fait naître dans l'ancien droit la recherche de la paternité, n'admit comme preuve de la paternité naturelle que la reconnaissance volontaire ou la possession d'état. Mais il donna aux enfants naturels les mêmes droits de succession qu'aux enfants légitimes ; seulement ces droits étaient, la plupart du temps, illusoires, puisque la recherche de la paternité était rendue désormais très difficile.

5° *Le Code civil*, pour favoriser le mariage, sacrifia les enfants naturels. Il défendit la recher-

che de la paternité (art. 340) et limita, presque autant que sous l'ancien régime, les droits des enfants naturels.

## § 7. — *L'adoption*

1° *En droit germanique*, l'adoption existait, comme dans la plupart des législations primitives. Toutefois il n'y avait que l'individu sans enfant qui pût en adopter un, en vue surtout de continuer le culte des ancêtres. L'adoption avait lieu sous des formes diverses, dont certaines servaient à simuler grossièrement une naissance. Quelquefois, sous l'influence romaine, elle était constatée par un écrit.

2° *En droit féodal et en droit monarchique*, l'adoption était très peu pratiquée, même dans les pays de droit écrit. Quand elle avait lieu, elle se faisait par *Lettres du Prince*. L'adopté dans ce cas ne devenait pas un héritier, mais seulement un successeur à titre de legs universel de l'adoptant.

3° *En droit révolutionnaire*, comme on s'inspirait alors beaucoup de l'antiquité classique, on admit l'adoption, et on donna à l'adopté les droits d'un enfant légitime.

### Ouvrages a consulter

(*Puissance paternelle*) : *Viollet*. Histoire..., p. 529. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1092. — *Glasson*. Histoire..., III, p. 31 et 40 ; VII, p. 173. — *Sagnac*. Législation civile de la Révolution fr., p. 367.

(*Enfants illégitimes*) : *Viollet*. Histoire..., p. 465 et 478. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1114. — *Cauwès*. Grande Encyclopédie, V° Bâtard. — *Gide*. Condition de la femme, p. 543.

(*Recherche de la Paternité*) : *Esmein*, Mariage, II, 38. — *Viollet*. Histoire..., p. 478. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1122. — *Rivet*. Recherche de la Paternité, 1890. — *Sagnac* (déjà cité), p. 317 et 357.

(*Adoption*) : *Viollet*. Histoire..., p. 491. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1129. — *Glasson*. Histoire..., III, p. 36.

# CHAPITRE V

## TUTELLE ET CURATELLE

### § 1. — *Origines et évolution générale de la tutelle*

1° *En droit germanique.* — A l'origine on ne connaissait que la *tutelle légitime des agnats*, c'est-à-dire celle qui appartenait au plus proche parent par les mâles. Cette tutelle n'était pas établie dans l'intérêt du mineur, mais *dans l'intérêt de la famille*. A cette époque, le tuteur a sur la personne du mineur les mêmes droits que le père sur son enfant. Il est propriétaire de ses biens, pourvu qu'il restitue à l'enfant devenu majeur le fonds pupillaire. En revanche, il répond des délits du mineur sur ses biens personnels. Enfin le tuteur ne représente pas le mineur, il ne peut agir qu'en son propre nom et pour son compte. Par conséquent tous les procès engagés pour ou contre le mineur doivent être suspendus pendant la minorité et ne reprendre qu'à la majorité. C'est seulement à partir du x<sup>e</sup> siè-

cle que ce système de suspension de l'instance fut peu à peu abandonné; mais il ne fut complètement aboli que par une Ordonnance de 1330. On commença d'abord par nommer un tuteur spécial pour soutenir chaque procès, puis ce rôle fut donné au tuteur ordinaire qui désormais représenta le mineur.

Comme souvent des mineurs, par suite de l'absence ou du manque complet de parents, ne pouvaient passer sous la tutelle des agnats, le roi devint le protecteur de ces mineurs et punit ceux qui abusaient de leur faiblesse. Mais à cette époque l'Etat où le roi n'exerce pas encore de contrôle sur les tuteurs légitimes.

2° *En droit féodal.* — La tutelle légitime du droit germanique s'applique encore aux fiefs sous le nom de *bail.* En même temps, grâce aux efforts du roi et des seigneurs justiciers, la *tutelle dative* commence à s'organiser. A celle-ci vient s'ajouter la *garde seigneuriale.* Il arriva ainsi que le même mineur se trouva soumis à la fois à plusieurs tutelles. Le progrès, à l'époque monarchique, consistera à passer de cette pluralité à l'unité de tutelle.

A. — *La garde seigneuriale* est la reprise du fief par le seigneur qui l'a concédé. Le mineur en effet est incapable de rendre au seigneur les services féodaux pour le fief qui avait été con-

cédé à ses parents. La garde donnait au seigneur des droits sur la personne du mineur, et lui faisait acquérir les revenus du fief. La garde seigneuriale fut abolie le 6 mars 1790, mais en fait elle n'était presque plus pratiquée depuis longtemps.

B. — *Le bail des fiefs* se substitua presque partout à la garde seigneuriale. C'était un reste de la tutelle légitime du droit germanique. Le bail appartenait à l'héritier présomptif du fief, pourvu qu'il fût majeur. Si le mineur avait à la fois des fiefs paternels et des fiefs maternels, il avait deux *baillistres*. Le baillistre n'avait pas la garde de l'enfant. Cette garde était donnée à un parent qui ne devait pas succéder à l'enfant. On craignait en effet que le baillistre qui avait, pendant la durée du bail, un droit de propriétaire sur les biens de l'enfant, ne fît disparaître ce dernier. Tous les meubles appartenaient au baillistre, mais il ne pouvait aliéner les immeubles. En retour le baillistre devait rendre tous les services féodaux à ses frais, entretenir l'enfant et payer toutes les dettes du défunt. En principe le bail cessait à la majorité de l'enfant, mais il pouvait durer encore après

3° *En droit monarchique. — Première période.* — Les obligations féodales, comme le service militaire, ayant disparu peu à peu, le

bail des fiefs fit place dans plusieurs Coutumes, comme dans celle de Paris, à la *garde noble*. La garde noble est l'ancien bail, attribué d'ordinaire aux seuls ascendants du mineur, ou même uniquement au père et à la mère, mais privé de beaucoup de ses effets. Ici le droit de jouissance du gardien ne porte que sur la succession du père ou de la mère prédécédée du mineur. Quant aux biens qui appartiennent au mineur, ils sont administrés par un autre tuteur qui n'en a pas l'usufruit. Le gardien est obligé de faire inventaire des meubles ; il doit pourvoir à l'entretien du mineur, administrer les biens et acquitter les dettes. Enfin le gardien ne représente pas le mineur.

*La garde* proprement dite ne s'appliquait qu'aux biens non nobles. Elle ne donnait pas la jouissance des biens du mineur.

Quant à la *Garde Bourgeoise*, qui n'était qu'une survivance de la tutelle usufructuaire, c'était une sorte de garde noble, sans obligations féodales, au profit des seuls bourgeois de la ville et faubourgs de Paris. Elle n'appartenait qu'au survivant des père et mère. Le gardien avait la jouissance des biens du mineur, mais non la propriété des meubles.

2e *Période*. — C'est de cette pluralité de tutelles que va sortir la *tutelle moderne*, considé-

rée comme une charge publique, et organisée dans l'intérêt du mineur. Peu à peu se fit jour ce principe « qu'*en France toutes tutelles sont datives* », c'est-à-dire, sont déférées par l'autorité publique. La tutelle moderne basée sur ce principe a pu s'établir, grâce à la décadence de l'ancienne famille et de l'autorité des parents, à l'extension des attributions de l'Etat, et à l'apparition du principe nouveau de la représentation.

A cette époque il n'y a donc plus de tuteurs nés. Le tuteur est élu par une assemblée de parents convoqués devant le juge à la requête du plus proche. Au début cette tutelle pouvait avoir lieu concurremment avec le bail et la garde. Mais dans tous les cas le tuteur, même quand il était nommé par le père ou la mère dans leur testament, devait voir sa nomination confirmée par le juge. Enfin la tutelle ne pouvait appartenir aux femmes, ni être refusée, à moins d'excuse légale.

Sur la personne du mineur, le tuteur avait les mêmes droits et les mêmes devoirs que le père. En ce qui concerne les biens du mineur, le tuteur représentait le mineur, mais il ne pouvait aliéner les immeubles. Sa responsabilité se trouvait engagée, soit lorsqu'il se rendait coupable de mauvaise gestion, soit lorsqu'il n'avait

pas consulté les parents du mineur avant d'accomplir un acte important.

Certaines garanties étaient édictées dans l'intérêt du mineur, ainsi, le serment du tuteur, la confection d'un inventaire, la reddition des comptes, enfin l'hypothèque tacite sur les biens du tuteur, depuis le XVI[e] siècle.

Dans les pays de droit coutumier, la gestion du tuteur était surveillée par un *subrogé-tuteur* et par une *assemblée de parents* dont l'organisation était assez vague.

4° *En droit révolutionnaire*: Sous la Révolution, tous les dissentiments de famille furent soumis à des assemblées de parents érigées en véritable *tribunal de famille*, qui surveillait les mineurs et leurs tuteurs.

5° *Le Code civil* a créé les *Conseils de famille* et fait de la tutelle non une institution familiale, mais une fonction de l'Etat.

## § 2. — *Capacité du mineur*

A l'origine, alors que la tutelle n'était organisée que dans l'intérêt de la famille, le mineur n'avait aucun bien, et, par suite, n'avait aussi aucun droit. La représentation n'était pas admise, le tuteur figurait seul en justice, et

seul aussi il passait les contrats et les aliénations.

Plus tard l'incapacité du mineur ne fut basée que sur son intérêt ; on édicta alors cette règle d'après laquelle le mineur en accomplissant un acte, seul ou assisté de son tuteur, *pouvait rendre sa condition meilleure, mais qu'il ne pouvait la rendre pire*. En vertu de cette règle, le mineur devenu majeur, agissant par voie d'action en rescision ou d'action en nullité, pouvait faire tomber les actes accomplis durant sa majorité, lorsque ces actes lui causaient un préjudice ; d'autant plus que la prescription ne courait pas contre le mineur.

Ces mesures de protection parurent excessives lorsque la majorité fut reportée à vingt-cinq ans. On chercha à y remédier en déclarant valable la *renonciation au bénéfice de la minorité*, laquelle donna lieu à de vives controverses jusqu'au XVIe siècle.

### § 3. — *Comment prend fin la minorité : (Majorité ; Emancipation.)*

1° *En droit germanique*. — A l'origine l'âge de la majorité était fixé arbitrairement par les parents. Plus tard les lois barbares fixèrent un

âge déterminé : (Loi Salique : 12 ans. Loi Ripuaire : 14 ans. Loi des Wisigoths : 20 ans).

2° *En droit féodal.* — A l'époque féodale et jusqu'au XVI^e^ siècle environ, le jeune noble est majeur à vingt ans accomplis, la femme noble à quinze ans. Le roturier est majeur à quinze ans commencés, et la femme à douze ans.

3° *En droit monarchique.* — A partir du XVI^e^ siècle, la majorité commençait à vingt-cinq ans révolus, sauf en Normandie où elle avait lieu à vingt et un ans.

4° *Le droit révolutionnaire* fixa la majorité à vingt et un ans révolus. (Loi du 20 septembre 1792.)

En *droit coutumier* la minorité prenait fin aussi par l'*émancipation*, mais seulement lorsque la majorité fut reportée à vingt-cinq ans. L'émancipation n'était accordée qu'aux mineurs de dix-huit ans. Elle résultait du mariage ou de lettres royales. Le mineur émancipé devait être assisté d'un curateur pour ester en justice et pour aliéner ses immeubles.

Dans les pays de *droit écrit*, on ne connaissait pas l'émancipation par mariage ou par lettres. Le mineur était émancipé par l'âge (quatorze ans pour les garçons et douze ans pour les filles). A partir de cet âge, le mineur était assisté d'un curateur pour ester en justice.

### § 4. — *Majeurs incapables et curatelle.*

1° *En droit germanique*, on soumettait, dans l'*intérêt de la famille*, ceux qui étaient atteints par l'âge ou par une grave maladie physique, à l'autorité du plus proche parent mâle (tutelle légitime des agnats).

2° *En droit féodal et en droit monarchique*, on arriva peu à peu à un régime de protection *dans l'intérêt de l'incapable*, et cela de la façon suivante : D'abord les actes des fous et des faibles d'esprit furent déclarés nuls ; puis, vers le XIIIe siècle, les tribunaux mirent ces personnes en *tutelle* ou *curatelle*, de même que les prodigues, par un jugement d'*interdiction*. Mais les tribunaux ne pouvaient agir que sur la demande d'un parent. Seul le curateur avait l'administration des biens de l'interdit qui n'avait le droit ni de tester, ni de s'obliger.

Quant aux prodigues, ils pouvaient être munis par le tribunal d'un *conseil judiciaire* sans lequel ils ne pouvaient faire certains actes énumérés par le jugement. A l'époque monarchique, la *curatelle* devint, comme la tutelle, une charge publique.

### Ouvrages a consulter

(*Origines de la tutelle*) : *Viollet.* Histoire.., p. 467, 551. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1143. — *Glasson.* Histoire..., III, p. 40 ; VII, p. 108 et 182. — *Flach.* Durée et Effets de la minorité, 1870. — *Lehr.* La tutelle des mineurs et les conseils de famille, 1896 — *Cauwès*, Grande Encyclopédie, V° Bail.

(*Capacité du mineur*) : *Brissaud.* Manuel..., p. 1166. — *Meynial.* N. R. H. 1901, p. 246.

(*Comment finit la minorité*) : *Viollet.* Histoire du d. privé..., p. 548. — *Viollet.* (Droit public), I, p. 227. — *Brissaud* : p. 1169. — *Buche.* N. R. H. 1884. p. 664.

(*Majeurs incapables et curatelle*) : *Viollet* : Histoire..., p. 550. — *Brissaud* : p. 1173.

# CHAPITRE VI

## INCAPACITÉS PROVENANT DE FAITS AUTRES QUE LE SEXE, L'AGE OU LES INFIRMITÉS ORDINAIRES

### § 1. — *Les étrangers ou aubains.*

1° *A l'époque germanique*, à l'origine les étrangers ne jouissaient d'aucun droit ; on pouvait les tuer impunément. Ainsi le naufragé étranger appartint pendant longtemps corps et biens au seigneur sur la terre duquel il abordait. La pratique de l'*hospitalité* tempérait cette rigueur. En effet l'étranger qui trouvait l'hospitalité chez quelqu'un n'était plus traité en ennemi.

Sous l'influence du christianisme et des idées romaines, les étrangers furent mieux traités, et le roi devint leur protecteur. Cependant ils devaient payer à ce dernier un cens annuel, et, s'ils mouraient sans postérité, leur succession appartenait au roi.

2° *A l'époque féodale*, les seigneurs féodaux devinrent comme le roi, les protecteurs des étrangers. A cette époque était considéré comme

étranger tout individu, même français, n'appartenant pas à la seigneurie. Les droits seigneuriaux sur les étrangers augmentèrent beaucoup ; quelquefois même l'étranger devenait le *serf* du seigneur. Dans les seigneuries où l'étranger restait *libre*, sa succession appartenait au seigneur, s'il ne laissait aucun descendant né dans la seigneurie. C'est ce que l'on appelait le *droit d'aubaine*. L'étranger ne pouvait tester, ni acquérir des terres ; enfin pour lui les peines étaient plus dures.

L'influence de l'Eglise et du pouvoir royal adoucit le traitement des étrangers. Ainsi à partir du XIV[e] siècle, on leur permit de tester. Enfin dans certains endroits, les relations commerciales avec les étrangers firent disparaître le droit d'aubaine.

3° *A l'époque monarchique.* — Le droit seigneurial sur les étrangers se transforma insensiblement en un droit domanial. Et, comme les domaines seigneuriaux passèrent peu à peu au roi, le droit d'aubaine devint complètement un droit royal, à partir du XVI[e] siècle. Grâce à cette évolution, la condition des étrangers s'adoucit, et leur nombre diminua, car il ne fut plus question des étrangers à la seigneurie, mais seulement des étrangers au royaume.

C'est en effet surtout à l'époque monarchique

qu'apparut l'idée de *nationalité*. Au XVIe et au XVIIe siècles, était français tout individu né en France, même d'étranger, et cela en vertu du *jus soli*. Au XVIIIe siècle on voit apparaître le principe du *jus sanguinis*, en vertu duquel on s'attache à la nationalité des parents pour déterminer celle de l'enfant ; est alors français l'enfant né à l'étranger d'un père français, sans condition, si celui-ci n'a pas perdu l'esprit de retour, à condition de s'établir en France, s'il l'a perdu. A l'inverse, la qualité de français est perdue par l'établissement à l'étranger sans esprit de retour. Au cas de retour en France, on redevient français *ipso facto*, sans effet rétroactif.

A partir du XIVe siècle, le roi se mit à délivrer des *Lettres de Naturalisation*, moyennant le paiement d'un droit. Les naturalisés avaient en général les mêmes droits que les Français.

Les étrangers ou aubains jouissaient en principe des droits qui rentraient dans le droit des gens, mais non des droits civils. Ainsi ils étaient capables d'acquérir et de disposer entre vifs, mais ils ne pouvaient acquérir ni transmettre à cause de mort, ni avoir d'héritier *ab intestat*. Ils pouvaient se marier et jouissaient des droits de famille. En matière de procédure, l'étranger demandeur devait fournir une caution qui s'ap-

pelait la *caution judicatum solvi*. L'étranger était soumis à la contrainte par corps ; enfin il pouvait être actionné devant les tribunaux français par les Français, contrairement aux règles ordinaires de compétence.

Le *droit d'aubaine* disparut à l'époque monarchique, d'abord par voie d'exceptions en faveur de certains étrangers qui venaient aux foires (Lombards, Caorsins, Suisses, Ecossais, etc.), ou en faveur de certains lieux (Toulouse, Lyon, Bordeaux, Marseille, Languedoc) ; au XVIII^e siècle il fut aboli par voie de traités internationaux signés avec certains pays.

4° *A l'époque révolutionnaire*. — Le droit d'aubaine fut aboli complèment le 6 août 1790.

5° *A l'époque du Code civil*. — Les pays étrangers n'ayant pas aboli chez eux le droit d'aubaine sur les Français, le Code civil rétablit ce droit, sous le nom d'*incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit*. C'est seulement la Restauration qui supprima définitivement le droit d'aubaine, le 14 juillet 1819.

## § 2. — *Les morts civils*

Les morts civils étaient les religieux et les condamnés à des peines capitales.

1° *Les Religieux.* — L'ancien droit, s'inspirant des règles inscrites dans le Code Théodosien, déclara que le religieux ne pourrait acquérir que pour sa communauté. Lorsqu'il entrait au monastère, il était censé mort. Par suite (1) : sa succession s'ouvrait au profit de ses parents ; (2) il ne pouvait succéder *ab intestat* ou par testament pour lui ou pour son monastère.

La Révolution commença d'abord par supprimer les ordres monastiques, et ce n'est que plus tard qu'un décret de la Convention abolit l'incapacité de succéder des religieux.

2° *La mort civile pénale.* — Elle a sa source dans la *mise hors la loi* du droit germanique, dans le *forbannissement* des temps carolingiens et féodaux, et dans l'*excommunication.*

En principe le mort civil était assimilé à un mort naturel. Cependant il pouvait encore s'obliger, acquérir à titre onéreux, ester en justice par un curateur. Son mariage n'était pas dissous ; mais le mort civil perdait la puissance maritale et la puissance paternelle. Ses biens étaient confisqués ; il ne pouvait les transmettre *ab intestat* ou par testament, ni recueillir de succession, ni recevoir à titre gratuit, sauf pour aliments.

La mort civile ne figure plus dans le Code

pénal de 1791. Le *Code civil* l'édicta de nouveau et la loi du 31 mai 1854 l'abolit définitivement.

### § 3. — *Les infâmes*

L'infamie résultait de plein droit de certaines condamnations : (galères à temps, fouet, pilori, carcan, blâme, amende honorable), et de certaines professions honteuses : (usuriers, filles publiques, souteneurs, etc.). L'infâme était exclu des fonctions publiques ; il ne pouvait être témoin en justice et dans les actes notariés ; enfin il ne pouvait tester.

### § 4. — *Lépreux et cagots*

Ces malheureux étaient enfermés dans des lazarets ou *maladreries*, ou bien ils étaient contraints d'habiter dans une demeure séparée, de porter des vêtements de couleur voyante et d'agiter une crécelle qui avertissait de leur présence. Ils étaient considérés comme morts civils. On leur permettait néanmoins de se marier. Ils perdaient leurs biens, devenaient incapables d'acquérir et ne devaient vivre que d'aumônes. A la fin du XV^e^ siècle cette législation tomba en désuétude, quand la lèpre devint rare.

Cependant, encore au XVII^e siècle, ceux qui étaient atteints de la lèpre blanche étaient frappés de certaines incapacités ; c'étaient les *cagots*, dans les Pyrénées, et les *caqueux*, en Bretagne.

### Ouvrages a consulter

(*Les Etrangers ou aubains*): *Viollet*. Histoire.., p. 365. — *Brissaud*. Manuel.., p 1748. — *Glasson*. Histoire.., II, p. 500 ; VII, p. 500, p. 600 ; VIII, p. 282. — *Demangeat*. Histoire de la condition civile des étrangers, 1844. — *De Lapradelle*. Nationalité d'origine, 1894.

(*Les morts civils*) : *Viollet*. Histoire des Inst. polit ., I, 380 ; II, 374. — *Brissaud*, p. 1761. — *Glasson*, V, 213. — *Landry*. La mort civile des religieux, 1900.

(*Les Infâmes*) : *Brissaud*. Manuel..., p. 1766. — *Robert*. Les signes de l'infamie au moyen âge, 1889.

(*Lépreux et Cagots*) : *Viollet*. Histoire.., p. 376. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1767. — *Glasson*. Histoire.., VII, 74. — *Guillouard*. Condition des lépreux, 1875.

## CHAPITRE VII

### LES PERSONNES MORALES

Le droit romain avait reconnu la personnalité morale aux cités, collèges, corporations, et même à l'Etat.

### § 1. — *L'Eglise*

L'Eglise chrétienne emprunta au droit romain l'idée de la personnalité morale ; ses personnes morales (communautés, diocèses, monastères, institutions de bienfaisance, œuvres pies), se modelèrent sur le type romain. Au moyen âge chaque diocèse a son patrimoine, qui est censé être la fortune des pauvres. Peu à peu on finit par considérer que ce patrimoine appartenait dans une certaine mesure au clergé et aux moines. Il arriva même un moment où l'autorité civile se mit à gérer les biens ecclésiastiques ; il en fut ainsi pour les dîmes inféodées, et plus tard pour le budget des fabriques. C'est la même évolution que continua la Révolution

en supprimant le clergé comme corps et en transformant les biens de l'Eglise en biens nationaux.

### § 2. — *L'Etat*

L'Etat *au moyen âge* s'identifiait avec la personne du Roi ; aussi n'avait-on pas à se poser la question de savoir si l'Etat avait une personnalité. Cependant à l'*époque monarchique*, on se mit à distinguer le domaine de la Couronne du domaine privé du Roi. A l'*époque révolutionnaire*, l'Etat acquit une personnalité distincte.

### § 3. — *Les Villes et les Communautés d'habitants*

Les villes et les communautés acquirent assez difficilement la personnalité civile. C'est ainsi que pendant longtemps on hésita pour savoir qui pouvait les représenter en justice.

### § 4. — *Les Corporations et les Communautés religieuses*

A l'*époque féodale*, les communautés religieuses et les corps de métier pouvaient se for-

mer sans autorisation ni contrôle de l'Etat. Au contraire à l'*époque monarchique* ces communautés furent soumises à l'autorisation et à la tutelle administratives du pouvoir royal. Toute association autorisée jouissait *ipso facto* de la personnalité civile. La personnalité ne disparaissait que par la suppression de l'association.

Les statuts de chaque communauté devaient être soumis aux juridictions royales, comme les Parlements, pour être homologués. Ces statuts déterminaient quels organes devaient représenter la communauté ; en général, c'était un *syndic* élu qui contractait et plaidait au nom de l'association. Enfin le patrimoine de la communauté appartenait au corps lui-même et non aux membres. Les biens dont il se composait ne pouvaient être aliénés ni acquis que par un décret du juge. L'Edit d'août 1749 rendit les communautés religieuses incapables d'acquérir par voie de libéralités testamentaires. C'était déjà un acheminement vers le droit révolutionnaire.

Le *droit révolutionnaire* en effet supprima les communautés religieuses ou séculières et convertit leurs biens en biens nationaux.

Quant au *Code civil*, il manifesta son antipathie pour les corporations, en ne consacrant aucun titre spécial aux personnes morales.

## § 5. — *Les Fondations pieuses.*

Les fondations pieuses étaient des œuvres de piété ou d'utilité publique (messes, hospices), auxquelles était affecté un ensemble de biens. Tantôt ces œuvres étaient imposées à une personne morale déjà existante, comme un couvent, tantôt à un établissement qui était à créer. La fondation était perpétuelle.

Au début, les biens donnés étaient censés appartenir au saint sous le patronage duquel l'établissement était placé. Plus tard, sous l'influence du droit romain, la fondation était parfois considérée comme une sorte d'être moral, qui devenait propriétaire des biens donnés.

A l'origine, la fondation ne pouvait être établie sans une autorisation de l'évêque. Puis peu à peu, les juges royaux furent chargés de la surveillance de ces fondations, et, en 1749 elles furent soumises à l'autorisation expresse de l'Etat. Enfin la loi du 6 mai 1791 les abolit complètement.

### Ouvrages a consulter

*(Eglise; Etat; Villes)* : *Viollet.* Histoire., p. 754. — *Viollet* : Hist. des inst. polit. I. 136. 140 : II, 369 ; III, 144. — *Brissaud.* Manuel.., p. 176 q. —

*Glasson*. Histoire.., III, 644 ; V, 1, 213. — *Mestre*: Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, 1899. — *Sagnac* : Législation civile de la Révolution, p. 155. 177. (*Corporations-Communautés*) : *Brissaud* : Manuel.., p. 1774.

(*Fondations*) : *Brissaud* Manuel.., p. 1781. — *G. de Lapradelle* : Fondations perpétuelles, 1895.

## CHAPITRE VIII

### LES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

A l'origine la naissance, le mariage et le décès n'étaient *constatés par aucun acte*. On les établissait par les preuves ordinaires, comme les témoignages, l'aveu, l'écriture et les présomptions (possession d'état).

C'est l'*Eglise* qui la première, au XV[e] siècle, reprit l'ancien usage, tombé en désuétude, de dresser des *listes de baptêmes*. Ces listes, très mal tenues, étaient complétées à l'aide des témoignages oraux et des papiers de famille, comme les livres de raison. L'Eglise tint aussi, dès le XIV[e] siècle, des *registres pour les mariages et les décès*, afin d'assurer la perception des offrandes qu'elle recevait à l'occasion de ces actes. Le concile de Trente en 1563 régularisa la tenue des registres des baptêmes et des mariages, mais non ceux des décès.

*Le pouvoir royal*, par l'Ordonnance de Villers-Cotterets d'août 1539, et celle de Blois de mai 1579, prescrivit au clergé la tenue de

registres pour les baptêmes, les mariages et les décès. Enfin l'Ordonnance de 1667 et la Déclaration du 9 avril 1736 ordonnèrent le dépôt des registres au greffe des justices royales, et défendirent aux juges de recevoir d'autres preuves de l'état civil, sauf en cas de perte des registres.

Depuis la révocation de l'Edit de Nantes en 1685, les protestants devaient faire baptiser leurs enfants par les curés et se marier à l'église catholique, s'ils voulaient avoir un état civil. L'Edit du 28 novembre 1787 leur permit de s'adresser à leur choix aux curés ou aux officiers de justice du lieu.

L'*Assemblée Constituante* laïcisa les registres de l'état civil pour tous les Français. L'*Assemblée Législative* confia la tenue de ces registres aux municipalités, et la loi du 28 pluviôse an VIII, aux maires et aux adjoints.

### Ouvrages a consulter

*(Actes de l'état civil) : Viollet.* Histoire.... p. 457 ; 459. — *Brissaud.* Manuel.., p. 1744. — *Glasson*, VIII. p, 400. — *Banoux.* Sources de l'ancien état civil parisien, 1900.

# LIVRE II

# LA PROPRIÉTÉ ET LES DROITS RÉELS

## CHAPITRE PREMIER

### ORIGINES DE LA PROPRIÉTÉ

La *propriété mobilière* fut certainement la première en date. La *propriété du sol* n'apparut qu'avec l'agriculture, c'est-à-dire beaucoup plus tard, et seulement sous la *forme collective*. En effet, à l'origine, seul le clan ou la tribu était propriétaire du sol, et non l'individu. C'est sous cette forme que nous apparaît la propriété foncière chez les Germains. Les *communaux*, qui existent encore dans certaines régions, sont un reste de cette propriété collective primitive,

Peu à peu, de la propriété de la tribu ou du clan, on passa à la propriété de la famille ou *copropriété familiale*, et plus tard à la *propriété féodale*. Quant à la *propriété individuelle*, elle

sortit de la propriété collective, à la suite des progrès du commerce et sous l'empire des nécessités économiques.

Dans la *copropriété familiale*, c'est le doyen d'âge qui gère le patrimoine commun et représente la famille au dehors. Il ne peut aliéner les terres de la famille sans le consentement des membres adultes de celle-ci. Sous ce régime, il ne saurait être question de succession, car le domaine familial est indivisible.

Dans la suite de cet ouvrage, on rencontrera souvent des restes de cette copropriété familiale, par exemple, à propos de la division des biens, des successions et des retraits.

### Ouvrages a consulter

(*Origines de la propriété*) : *Viollet*. Histoire.., p. 555 ; 566. — *Brissaud*. Manuel..., p. 443. — *De Laveleye*. La propriété, 1891. — *Kovalewsky*. Tableau des origines de la famille et de la propriété : N. R. H. 1890, 464 et 1891, 480 ; Passage de la propriété collective à la propriété individuelle (Annales de sociologie, 1896, 175). — N. R. H. 1897, 217. — *Glasson*. Les communaux et le domaine rural, 1890 — *S. Maine*. L'ancien Droit, 244 ; Instit. priv., 122. — Et. sur l'hist. du Dr., p. 7.

# CHAPITRE II

## DIVISION DES BIENS

La *propriété foncière* avant la Révolution pouvait être soumise aux droits suivants :

1° Droits de l'ancienne copropriété familiale (propres et acquêts) ;

2° Droits des copropriétaires ;

3° Droits du village ou des voisins (communaux) ;

4° Droits du seigneur (fiefs ; censives ; tenures serviles ; alleux) ;

5° Droits du roi ou de l'Etat, et droits de l'Eglise (domaine public et domaine ecclésiastique).

Ces divers droits ne pesaient pas sur la *propriété mobilière*. Aussi la division des biens la plus importante était celle des *meubles et des immeubles*.

### § I. — *Meubles et Immeubles*

L'idée que les meubles font, pour ainsi dire, corps avec l'individu qui peut en disposer selon

sa volonté, et la facilité de circulation des meubles, en regard des restrictions nombreuses apportées aux droits des propriétaires d'immeubles, ont établi de grandes différences entre le régime de la propriété mobilière et celui de la propriété foncière.

La division en meubles et immeubles remonte très haut ; elle correspond à l'état économique du haut moyen âge. Dans le droit *féodal* et *coutumier* elle s'accentua encore, car à ce moment la terre est l'unique source de la richesse et de l'autorité familiale et politique. C'est alors qu'apparaît la fameuse maxime *res mobilis res vilis*, dont les applications se retrouvent jusque dans le Code Civil.

Dans certaines Coutumes, comme en Normandie, et en Artois, les meubles portent le nom de *catteux*. Leurs caractères principaux sont d'être périssables et de ne rien rapporter. Les immeubles sont dénommés *héritages* ou *fiefs*. Ils produisent des fruits et sont censés durer toujours. On qualifiait aussi *catteux* des immeubles qui se rapprochaient beaucoup des meubles, par exemple, les arbres qui ne portent pas de fruits, et les bâtiments transportables.

Les immeubles ou *héritages* sont : 1° la terre et tout ce qui fait corps avec le sol, comme les

récoltes pendantes par branche et par racine ; 2° les meubles adhérents aux immeubles, et par exception, ceux qui sont affectés au service d'un fonds : 3° les droits sur la terre, comme les servitudes, cens, rentes, etc., et les droits incorporels se rattachant à la terre, comme le droit de justice, les péages, les banalités ; 4° les droits ayant pour objet des meubles, mais immobiliers ou féodaux par leur origine, ainsi les rentes constituées, les offices vénaux.

### § 2. — *Propres et acquêts*

Les *propres* ou biens patrimoniaux sont ceux qui nous viennent des parents par voie de succession ab intestat. Les *acquêts* nous viennent autrement, par exemple par voie d'achat. Cette distinction, inconnue à Rome, se rattache à l'ancienne copropriété familiale qui portait surtout sur les biens recueillis par succession et non sur les biens provenant de l'industrie ou de l'épargne de l'individu.

On verra plus loin, en étudiant les *retraits*, que *l'aliénation entre vifs* des propres, valable au début, seulement avec le consentement de la famille, le fut plus tard à condition que l'aliénation du propre fût précédée de l'offre aux

parents, et enfin, dans le dernier état du droit, avec la faculté pour les parents de se substituer à l'acquéreur dans un certain délai.

Une part seulement des propres pouvait être donnée par testament, comme on l'étudiera plus loin, à propos de la *théorie de la réserve.* On verra aussi que cette restriction ne fut pas étendue aux donations des propres, à cause de la règle « donner et retenir ne vaut ».

Dans les successions ab intestat, les propres devaient toujours revenir à la famille ; les propres paternels, à la famille paternelle, les propres maternels, à la famille maternelle. C'est là le *système de la fente* que l'on aura l'occasion d'étudier en détail dans le chapitre des successions. Ces *propres de succession* ne doivent pas être confondus avec les *propres de communauté* qui comprennent les propres de succession de chaque époux et les acquêts possédés par eux avant le mariage.

Les *propres de succession* se divisent en *propres réels*, qui sont les immeubles acquis par succession ab intestat et les immeubles acquis par voie de donation ou de legs, d'une personne dont on est l'héritier présomptif, et en *propres fictifs ou par représentation*, lesquels sont des acquêts qui, par voie de subrogation réelle, prennent la place des propres.

A l'origine tous les immeubles étaient considérés comme *propres*, jusqu'à preuve contraire; plus tard la règle opposée fut admise.

## § 3. — *Choses hors du commerce Les Régales*

Les *Régales* étaient un groupe de droits portant sur des choses laissées à l'usage du public, comme les chemins, ou sur des choses qui leur sont assimilées, comme la pêche, la chasse, etc. Le droit féodal considère ces droits comme une propriété du roi. C'est qu'en effet à l'époque féodale propriété et souveraineté ne faisant qu'un, l'Etat ou le Roi est considéré comme l'unique propriétaire du territoire. La propriété privée n'est qu'une sorte de concession précaire. Peu à peu, en se dégageant des idées féodales, on arriva à séparer la souveraineté de la propriété; et c'est alors que les régales, au lieu de constituer un groupe de droits de propriété, ne formèrent plus qu'un groupe de droits de police.

Les Régales ou choses hors du commerce sont les suivantes :

1° *Les biens vacants*, c'est-à-dire sans maître. Ils appartiennent au roi en vertu de la régale du sol ;

2° *Les successions en déshérence*, mais non les *communaux*, car ceux-ci ne sont pas sans maître ;

3° *Les biens confisqués ou expropriés :* L'État ou le Roi étant considéré comme le souverain propriétaire, la *confiscation*, abolie seulement en 1814, et *l'expropriation*, sans cause et sans garantie, furent d'abord facilement admises. Au XVIIe siècle on édicta quelques garanties en faveur du propriétaire exproprié. La *Déclaration des Droits de l'homme* d'abord et le *Code civil* ensuite (art. 545), n'autorisèrent l'expropriation que pour cause de nécessité ou d'utilité publique et moyennant une indemnité préalable ;

4° *La propriété privée ennemie*, prise en temps de guerre, appartenait en principe à l'Etat ;

5° *Les mines :* A l'origine les mines ne pouvaient être exploitées, ou du moins ne devaient être concédées qu'au profit du roi ou des seigneurs. Grâce à l'influence du droit romain, combinée avec l'idée du respect des droits du propriétaire du sol, on décida que ce dernier pourrait exploiter la mine, moyennant l'autorisation de l'Etat et à charge de payer la dîme romaine des produits. Si le propriétaire n'usait pas de ce droit, l'Etat pouvait l'accorder à des tiers, sous la même condition, et à charge

d'une indemnité au propriétaire du sol. (Cf. loi du 21 avril 1810). Le *droit révolutionnaire* mit les mines à la disposition de la nation (loi 12-19 juillet 1791), mais permit au propriétaire du sol de les exploiter jusqu'à 100 pieds de profondeur. Enfin le *Code civil* reconnut en principe le droit du propriétaire du sol ;

6° *Le trésor :* Le droit féodal donnait le trésor tout entier au seigneur ou au roi. Mais, sous l'influence de la tradition romaine, on finit par décider que le trésor serait partagé entre l'inventeur et le propriétaire du sol ;

7° *Les épaves :* Les épaves sont les objets mobiliers égarés par leur propriétaire. A *l'époque germanique* l'inventeur d'un objet mobilier devait, sous peine d'être traité comme un voleur, dénoncer le fait au juge ou devant l'assemblée publique. Il ne restait propriétaire de cet objet que si le maître ne se présentait pas pour le réclamer. Dans le *droit féodal et coutumier*, c'était le seigneur qui devenait propriétaire de l'objet trouvé. Le *droit monarchique* enleva aux seigneurs le *droit d'épaves maritimes ou fluviales*, et leur laissa les épaves terrestres au cas de non-réclamation du propriétaire dans un certain délai. *La Révolution* abolit complètement le droit d'épaves ;

8° *La régale des forêts :* La régale des forêts,

et par conséquent le gibier et le poisson qui s'y trouvent, appartenaient au seigneur, en droit féodal. C'est de là que vint le droit de chasse des nobles ;

9° *La régale des eaux et des voies publiques* : A *l'époque franque*, les chemins et les rivières étaient des choses communes affectées à l'usage de tous. A *l'époque féodale* elles appartenaient aux seigneurs et au roi. Enfin à *l'époque monarchique*, c'étaient des choses communes, sur lesquelles le roi exerçait un simple droit de haute police. De là pour les particuliers la liberté de la pêche, de la navigation, etc.

Ouvrages a consulter :

(*Meubles et Immeubles*) : *Viollet*. Histoire.... p. 615. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1179. — *Glasson*. Histoire.... VII, p. 219. — *Goury*. Origines et développement de la distinction des biens en meubles et immeubles (Conférence Rogéville).

(*Propres et acquêts*) : *Viollet*. Histoire..., p. 771 et 845. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1185. — *Glasson*. Histoire.... VII, p. 231. — *Jobbé-Duval* (thèse), 1874.

(*Choses hors du commerce. — Régales*) : *Brissaud*, Manuel..., p. 1190. — *Caillemer*. Etudes sur la confiscation et l'administration des successions, 1901. — *Meyer* : Expropriation ; 1868. — *Boulen*. Droit de chasse : 1887.

# CHAPITRE III

## RÉGIME DE LA PROPRIÉTÉ MOBILIÈRE ET ORIGINES DE LA RÈGLE « LES MEUBLES N'ONT PAS DE SUITE »

La règle que « les meubles n'ont pas de suite », signifie, qu'à la différence des immeubles, les meubles ne sont pas protégés par l'action en revendication. Le propriétaire des meubles ne peut pas toujours les revendiquer entre les mains d'un tiers détenteur. Cette règle a donné naissance à l'article 2279 du Code civil : « En fait de meubles possession vaut titre ».

### § 1. — *A l'époque germanique*

Les origines de cette règle se trouvent dans le droit germanique. A cette époque deux hypothèses sont à envisager :

1° *L'objet mobilier a été prêté, déposé ou mis en gage* : Dans ce cas le propriétaire a une

action en restitution contre l'emprunteur, le dépositaire ou le gagiste ;

2° *L'objet mobilier a été volé ou perdu :* Dans ce cas le propriétaire ne peut, à l'origine, user, pour le recouvrer que de la vengeance privée contre le voleur ou contre l'inventeur de mauvaise foi. Plus tard cette vengeance privée fut remplacée par une action pénale, l'*action ex delicto*, dont la procédure variait suivant que le vol était flagrant ou non. Seul l'auteur du vol pouvait être poursuivi par cette action, mais non le tiers acquéreur (acheteur ou donataire) de bonne ou de mauvaise foi. Aussi le propriétaire ne pouvait-il pas toujours recouvrer son bien.

### § 2. — *A l'époque féodale*

1° *L'objet mobilier a été prêté, déposé ou mis en gage :* Dans ce cas le propriétaire n'a qu'une action personnelle contre l'emprunteur, le dépositaire ou le gagiste, et non contre le tiers détenteur ;

2° *L'objet mobilier a été perdu :* Dans ce cas il appartient au seigneur, sauf à celui-ci à le restituer au propriétaire, si ce propriétaire le réclame dans l'an et jour. Cette réclamation n'a

aucun caractère pénal, qu'elle s'adresse au seigneur ou à un tiers détenteur ;

3° *L'objet mobilier a été volé :* Le propriétaire a alors deux actions criminelles :

A. — *L'action de vol*, qui ressemble à l'*action ex delicto* du droit barbare ;

B. — *L'action ou demande de chose emblée*, par laquelle le propriétaire s'attaque au tiers acquéreur. Cette action ne renferme pas d'accusation formelle de vol. Au fond cependant elle se présente comme un perfectionnement de l'ancienne action de vol, en attendant que le ministère public ayant été créé, la voie civile et la voie criminelle se séparent, et que les voleurs soient exposés d'une part, à une poursuite d'office du ministère public, et de l'autre à une action civile du propriétaire volé.

A l'origine le propriétaire qui recouvrait son objet perdu ou volé n'avait pas à indemniser le détenteur de cet objet, même quand ce détenteur était de bonne foi. Cependant, dans l'intérêt du commerce, certaines Coutumes des pays où se tenaient des foires, permirent à celui qui avait acheté un meuble dans une foire ou un marché, d'exiger du propriétaire de ce meuble le remboursement du prix d'achat. Cet usage, tout en se perpétuant, ne se généralisa pas.

## § 3. — *A l'époque monarchique*

Sous l'influence du droit romain, on admit au XVIe siècle la *revendication mobilière* en faveur du propriétaire dont l'objet avait été perdu ou volé, ainsi qu'en faveur de celui qui s'en était volontairement dessaisi. On trouve cependant encore des vestiges de la maxime que « les meubles n'ont pas de suite », notamment dans les faits suivants : 1° les *meubles n'ont pas de suite par hypothèque*, ce qui signifie, tantôt qu'il ne peut y avoir d'hypothèque sur les meubles, tantôt que l'hypothèque sur les meubles est dépourvue de droit de suite ; 2° la *prescription de trente ans, en usage pour les immeubles, fut appliquée aux meubles ;* et la revendication mobilière fut donc possible pendant trente ans, au moins en cas de dessaisissement volontaire ; quant aux meubles volés ou perdus, quand ils étaient passés à un possesseur de bonne foi, certains auteurs les regardaient comme imprescriptibles, les autres admettaient ici ou la prescription de trente ans ou l'usucapion romaine de trois ans ; 3° enfin *les actions possessoires* qui étaient incompatibles avec l'ancien régime de la propriété mobilière, ne réussirent pas à s'introduire dans la pratique, même

après la création de la revendication mobilière, car elles étaient moins utiles que pour les immeubles.

Cette revendication mobilière, possible pendant trente ans, entraînait d'énormes difficultés, surtout dans la pratique commerciale. Aussi, sous l'influence de la doctrine (Dumoulin, Ferrière, Pothier), la jurisprudence du Châtelet de Paris, au XVIII$^{e}$ siècle, établit une présomption absolue de propriété au profit des possesseurs de meubles, et proclama qu' « *en fait de meubles possession vaut titre* ». C'est cette maxime que le Code civil a consacrée dans l'article 2279.

### Ouvrages a consulter

(*Régime de la propriété mobilière*) : *Viollet*. Histoire..., p. 574. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1198. — *Glasson*: Histoire... III, 59, 396; VII, 233. — *Jobbé-Duval*. Etude hist. sur la revendication des meubles en droit français, 1881.

## CHAPITRE IV

### RÉGIME DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE

#### § 1. — *Droits réels et droits personnels*

Le *droit réel* est le pouvoir qu'a une personne de retirer, immédiatement et exclusivement à toute autre, l'utilité, totale ou partielle, produite par une chose corporelle.

Le *droit personnel* est la relation juridique qui astreint une personne à accomplir, au profit d'une autre personne, une prestation déterminée, à donner, faire, ou ne pas faire.

La distinction entre les droits réels et les droits personnels commence déjà à apparaître dans le *droit germanique*, en même temps que la distinction entre les actions réelles et les actions personnelles. En France, de très bonne heure, cette distinction se modela sur la distinction semblable du droit romain.

#### § 2. — *Restrictions au droit de propriété*

A la veille de la Révolution, la jouissance de

la terre était encore loin d'être libre. Des droits seigneuriaux, des droits des communautés et des droits de famille venaient souvent l'entraver. Le Code rural de 1791 fit disparaître ces entraves. Il proclama, entre autres, *la liberté de clore* les héritages, et supprima le droit de chasse. Il établit aussi le *bornage* qui se faisait ou en justice ou à l'amiable.

Les *limitations conventionnelles* au droit de propriété étaient fréquentes sous l'ancien régime. Ainsi on voyait souvent des exemples de propriété conditionnelle. La jurisprudence chercha à diminuer le nombre de ces limitations conventionnelles.

La *copropriété avec indivision* était aussi très usitée dans l'ancien droit. La *mitoyenneté des murs*, qui en est l'application la plus commune, était une création du droit coutumier ; le droit romain l'a ignorée.

### § 3. — *Propriété incorporelle*

Les titres de noblesse, les noms patronymiques, les offices, faisaient partie du patrimoine familial. Quant à la *propriété littéraire et artistique*, c'est la découverte de l'imprimerie qui l'a fait naître. L'éditeur d'un livre recevait un *privilège du Roi* qui l'autorisait, à l'exclusion de

tous autres, à faire imprimer l'ouvrage pendant un certain temps. La Constituante transforma ce privilège en un *droit*. La loi du 3 janvier 1791 donna aux auteurs dramatiques le droit exclusif de reproduire leurs œuvres durant leur vie, et à leurs héritiers ce même droit pendant cinq ans après leur mort. La loi du 19 juillet 1793 porta à dix ans le droit des héritiers, et étendit les dispositions précédentes aux œuvres littéraires, compositions de musique, tableaux et dessins.

### Ouvrages a consulter

(*Droits réels et Droits personnels*) : *Brissaud*. Manuel..., p. 1214.

(*Restrictions au droit de propriété*) : *Viollet*. Histoire..., p. 560. — *Brissaud*. Manuel...; p. 1219. — *Glasson*. (Grande Encyclopédie. V° Bornage).— *Fournel*. Traité du voisinage, 1834. — *Sagnac*. Législation civile de la Révolution (passim). — *H. Sée*. Les classes rurales, 1901.

(*Propriété incorporelle*) : *Delalande*. Etude sur la propriété littéraire et artistique, 1880.

# CHAPITRE V

## LA POSSESSION

### § 1. — *Notions générales sur la possession dans l'ancien droit*

Dans l'ancien droit français la possession est désignée sous le nom de *vestitura* ou de *saisine*. Quant au mot *investiture*, il signifie : mise en possession matérielle ou symbolique.

Le possesseur fut toujours protégé ; à l'origine, parce que troubler le possesseur est considéré comme une atteinte à l'ordre public, c'est un délit qu'il faut réprimer ; plus tard, parce que la possession est considérée comme une position avancée de la propriété, qui serait elle-même ébranlée, si la possession n'était pas protégée. C'est grâce à ces deux conceptions successives que les actions possessoires, de répressives au début, sont devenues dans la suite de simples actions réelles.

### § 2. — *La possession dans le droit canon*

Le droit canon a étendu beaucoup la *quasi-possession* ou possession des choses incorporelles, qui existait un peu en droit romain. Afin d'augmenter la compétence des tribunaux ecclésiastiques, l'Eglise déclara que tous les droits spirituels et temporels relatifs aux biens ou concernant les personnes seraient susceptibles de possession.

Le droit canon chercha en outre à protéger les possesseurs, à une époque de violences, comme celle qui suivit les Invasions, au moyen de l'institution du *Remedium spolii*. Cette institution naquit d'une exception, l'*exceptio spolii* que pouvait opposer un évêque dépouillé de son siège et sous le coup d'une accusation criminelle. En vertu de cette exception, le juge devait rétablir l'évêque avant de le juger. Cette *exceptio spolii* passa vite de la discipline ecclésiastique dans le droit commun, et s'appliqua à n'importe quelle personne spoliée. Enfin on autorisa le spolié à réclamer la restitution par voie d'action et ainsi fut créé le *remedium spolii*.

Le *Remedium*, qui comprend à la fois *l'action* et *l'exception spolii*, a pour but essentiel de dépouiller le spoliateur au profit du spolié. Aussi

il s'applique à toute dépossession illégale, à tout possesseur, même de mauvaise foi, et pour toutes les choses. Aucune prescription ne lui est opposable, pas plus que le droit de propriété. Le *remedium* est donné, même contre le tiers acquéreur de bonne foi. Cependant, peu à peu. quand les mœurs furent devenues moins violentes, on restreignit l'étendue du *remedium* ; ainsi on ne l'accorda plus au spolié coupable de crime énorme. Enfin une Décrétale de 1215 déclara que le *remedium* ne pourrait être appliqué contre le tiers de bonne foi.

Cette évolution n'empêcha pas les tribunaux d'Eglise de perdre peu à peu la connaissance des questions possessoires qui finirent par être jugées seulement par les tribunaux civils.



## § 3. — *La Possession dans le droit séculier*

1° *En droit germanique.* — Dans le droit germanique et à l'époque franque on ne connaissait pas encore les actions possessoires. Le possesseur jouissait seulement de l'avantage d'être défendeur dans le débat sur la propriété. Pour gagner son procès, il suffisait au possesseur de jurer que sa possession était juste.

2° *En droit féodal et en droit monarchique.*

— A. — *La saisine et ses avantages.* — A l'époque féodale, jusqu'au XII[e] siècle, la possession ou *saisine* donne au possesseur l'avantage de pouvoir repousser par la force les spoliateurs, d'être défendeur dans le procès sur la propriété, et de faire reconnaître sa possession à l'occasion de ce procès.

Au XII[e] siècle en Normandie, et au XIII[e] siècle dans le reste de la France, *le possessoire* se détache nettement du *pétitoire*. On crée alors les *actions possessoires* qui servent à recouvrer ou à conserver la possession, et on les distingue avec soin des *actions pétitoires* relatives à la propriété.

B. — *Conditions pour avoir la saisine.* — A cette époque, pour avoir la saisine, il faut réunir le *fait de posséder* et *l'intention de posséder*, (le *corpus* et *l'animus* du droit romain). Ainsi le détenteur pour autrui n'a pas la saisine ; dans ce cas c'est le propriétaire qui l'a. On admet du reste que plusieurs saisines peuvent coexister sur le même bien.

C. — *Comment s'acquiert la saisine.* — L'acquisition de la saisine résulte de la *prise de possession matérielle*, à la suite d'une occupation ou d'une tradition, même faite par un non propriétaire. L'appréhension *violente ou secrète* ne donne qu'une saisine vicieuse. Mais le vice de

cette saisine peut disparaître si l'on continue à posséder publiquement.

Il existe aussi une *saisine de droit,* en dehors de toute appréhension matérielle :

*a*) Au profit du possesseur dépouillé sans droit ;

*b*) Au profit de l'héritier, à partir de la mort du *de cujus ;*

*c*) Au profit de l'acquéreur qui a reçu par voie symbolique l'investiture seigneuriale ou judiciaire ;

*d*) Au profit de celui qui a obtenu par jugement la possession d'un fonds, mais qui ne l'a pas encore appréhendé.

Vers la fin du XIII[e] siècle, seule la possession d'un an (*possession annale*) put conduire à la vraie saisine. Du reste l'ayant cause fut autorisé à joindre à sa possession celle de son auteur afin de parfaire le délai d'un an.

### D. — *Comment la saisine est protégée : les actions possessoires*

a) *En droit normand.* — Le droit normand qui s'appliquait dans un pays où les violences et les désordres étaient très grands au moyen âge, réprima les voies de fait par tous les moyens, et, notamment par la *procédure possessoire.*

Voici quelles étaient les grandes lignes de cette procédure : Un bref du duc de Normandie permettait au possesseur de faire constater sa possession par un jury de douze hommes honorables. C'est devant ce jury qu'on faisait valoir les *actions possessoires*, dont voici les principales :

α *La plainte à la suite de dépossession récente* (querela novæ dissaisinæ). — Cette action s'appliquait, que la dépossession ait eu lieu avec ou sans violence. Il suffisait même d'un simple trouble. Mais il ne fallait pas que la dépossession ait eu lieu depuis plus d'un an et un jour. Cette action était portée devant le jury de douze hommes. Ce jury interrogé, répondait si oui ou non un tel était en possession au moment où on l'avait dessaisi. Cette action était refusée à celui qui détenait pour autrui ou qui détenait à la suite de violences. Mais le vice de précarité et le vice de violence étaient couverts par le délai d'an et jour.

β *La clameur de haro.* — A l'origine, *en droit germanique*, la clameur de haro était un simple appel poussé par la victime d'un délit qui venait d'être commis. Les voisins accouraient et lynchaient le délinquant. Plus tard l'usage s'établit de mener le délinquant devant un magistrat qui le jugeait. En *droit normand*,

comme en droit germanique, la procédure du flagrant délit, en matière criminelle, s'ouvrait par le cri de haro. Les voisins accouraient et arrêtaient le délinquant. Plus tard ce soin fut dévolu aux sergents chargés de la police. En matière civile, quand un individu se voyait dépossédé par un autre, il criait haro. Le spoliateur devait alors s'arrêter tout de suite, sous peine de payer une amende. S'il s'arrêtait on portait l'affaire devant la Cour qui condamnait le perdant (le spoliateur ou le spolié) à des dommages-intérêts et à une amende. La clameur de haro ne servait qu'à conserver la possession, et non à la recouvrer quand elle était perdue.

b) *En droit Coutumier français.* — Dans le droit coutumier français les actions possessoires furent aussi créées par l'autorité publique, mais avec moins de formalisme. En cas de dépossession ou de trouble, on portait plainte au bailli qui se transportait sur les lieux avec des échevins, et faisait rendre l'objet spolié. Il était nécessaire d'entamer cette procédure dans l'année de la dépossession. Quant aux vices de précarité, de violence et de clandestinité, ils excluaient l'action possessoire.

A partir des XIVe et XVe siècles, les actions possessoires, en droit coutumier, étaient : la Réintégrande, la Complainte en cas de saisine et

de nouvelleté, l'Action de simple saisine, et la Dénonciation de nouvel œuvre.

α) *La Réintégrande.* — C'était une action en restitution qui appartenait au possesseur définitivement dépossédé. Comme elle était destinée à réprimer les voies de fait, elle était donnée à tout possesseur, même au voleur. Du reste le vaincu sur la Réintégrande pouvait reprendre la chose au moyen de la Complainte.

β) *La Complainte en cas de saisine et nouvelleté.* — Cette action appartenait à celui qui avait possédé paisiblement, publiquement et en son nom, pendant l'an et jour avant le trouble ou la dépossession. Elle ne pouvait être intentée que dans l'an et jour après le trouble ; mais elle était dispensée de juste titre. On la refusait au détenteur précaire et au fermier ; mais on la donnait contre tout détenteur de bonne ou de mauvaise foi. La procédure de cette action, qui était sommaire à l'origine, se compliqua plus tard de nombreux incidents.

γ) *L'Action de simple saisine.* — Cette action était donnée à celui qui avait ou aurait échoué sur la Complainte, faute d'avoir la dernière possession annale, mais qui pouvait se prévaloir d'une longue possession antérieure. Ainsi le possesseur décennal l'emportait, grâce à cette action, sur celui qui avait possédé pendant l'an

et jour, à condition d'agir dans les dix ans de la perte de la possession et de présenter un titre. Cette action, dont les origines sont obscures, disparut au XVIe siècle.

δ) *La Dénonciation de nouvel œuvre.* — Venue directement du droit romain, cette action apparaît dans le droit coutumier au XIVe siècle. On l'accorde au possesseur sur le fonds duquel un voisin fait des travaux en violation des droits de ce possesseur. Le voisin à qui la dénonciation est faite, doit arrêter ses travaux, jusqu'à ce qu'il ait obtenu un jugement lui permettant de les continuer, à condition de donner caution de les démolir.

## Ouvrages a consulter :

(*Notions générales*). *Viollet.* Histoire... p. 579. — *Brissaud.* Manuel... p. 1224. — *Glasson.* Histoire... VII, 272 ; III, 140. — *Glasson.* (N. R. H.), 1890, p. 588 et 633.

(*Possession en droit canon*). *Duquesne* (thèse), 1898. — *Brissaud.* Manuel... p. 1226. — *Ruffini.* Actio spolii. — *Ihering.* Fondement de la protection possessoire.

(*Possession dans le droit séculier*). *Brissaud.* Manuel... p. 1230. — *Glasson.* (N. R. H.), 1890, p. 606. — *Tiphaigne.* Etude sur la clameur de haro, 1880. — *Esmein.* Histoire de la procédure criminelle, 1880. — *Tardif.* La procédure aux XIIIe et XIVe siècles, p. 35. — *H. de Pansey.* Compétence des juges de paix.

# CHAPITRE VI

## MODES D'ACQUISITION ENTRE VIFS DE LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

### § 1. — *L'occupation*

Ce mode d'acquisition, peu important dans l'histoire du droit, se rencontre à l'*époque barbare*, sous le nom d'*Aprisio*. Voici un exemple d'Aprisio : Un particulier défriche et s'approprie une partie du territoire sur lequel s'est établie la communauté ; personne ne s'opposant à cette appropriation, ce particulier devient ainsi propriétaire de cette partie de territoire. L'accroissement de la population et les progrès de l'agriculture rendirent très rare ce mode d'acquérir. Le *Code civil* n'admet plus l'occupation qu'en matière mobilière.

### § 2. — *La Prescription*

1° *Généralités*. — Le *droit germanique* ne connaissait pas la prescription acquisitive. L'*an-*

*cien droit coutumier* n'admit lui-même qu'une prescription acquisitive très courte, la tenure d'an et jour. Mais grâce au droit canon, et grâce aussi aux nécessités de la pratique, vers le XIIIe siècle, les longues prescriptions du droit romain commencèrent à être en usage.

Le délai *d'an et jour* était souvent usité dans le droit barbare et dans le droit féodal. Dans les sociétés barbares, l'année était un délai naturel qui s'appliquait de lui-même à l'acquisition ou à la perte des droits. On ajoutait un jour pour indiquer que l'année était bien complète. Ce délai d'an et jour devint tout naturellement la durée normale de la prescription dans l'ancien droit coutumier.

2° *La tenure d'an et jour.* — Cette prescription se rencontrait surtout dans le Nord de la France. Au fond c'était l'ancienne déchéance résultant de l'expiration de l'an et jour, qui s'était transformée en prescription acquisitive, et qui avait pour condition primordiale la possession annale de l'acquéreur. Quand la tenure était acquise, tous les droits des tiers adverses tombaient. Cette institution disparut au XVIe siècle.

3° *La possession immémoriale.* — Cette possession a joué un grand rôle dans la formation de la société féodale. En effet, à une époque où souvent les titres étaient perdus ou même n'avaient jamais existé, la possession immémoriale servait à établir l'existence des droits sei-

gneuriaux, des redevances publiques ou privées, des franchises locales, etc., etc. Cette institution fut très attaquée, surtout par les canonistes. Elle a disparu des Codes modernes.

4° *Le Tènement de cinq ans.* — Ce n'était qu'une transformation de la prescription d'un an, dont le délai fut prorogé à cinq ans. Le tènement ou possession de cinq ans servait à purger les immeubles des rentes, hypothèques ou charges réelles qui les grevaient. L'acquéreur du fonds qui voulait s'en prévaloir devait avoir *juste titre* et *bonne foi*. A ce propos notons que c'est le *droit canon* qui a exigé la *bonne foi* pour toute prescription. Le droit séculier ne requit la bonne foi et le juste titre que pour la prescription de dix à vingt ans et non pour celle de trente ans.

5° *Les prescriptions romaines : Prescription de dix à vingt ans et prescription de trente ans.* — En *droit franc*, la prescription acquisitive de dix à vingt ans du droit romain fut conservée telle quelle. Quant à la prescription de trente ans qui n'était à Rome qu'une prescription extinctive, elle devint alors une prescription acquisitive ou usucapion. Dans le *droit coutumier* du XIII^e siècle on l'appelle *longue tenue.*

Au XVI^e siècle, les Coutumes admettent deux

prescriptions acquisitives, celle de dix à vingt ans, avec juste titre et bonne foi, et celle de trente ans sans titre ni bonne foi. On exigeait que la possession fût paisible, publique, à titre non précaire, et ininterrompue. Une fois acquise, la prescription conduisait à la propriété. Mais elle ne courait ni contre les mineurs ni contre les absents. Pendant longtemps le vassal ou le censitaire ne put l'opposer à son seigneur. Mais au XVIIIe siècle ce principe, très battu en brèche, avait presque disparu.

### § 3. — *La Tradition*

En *droit romain*, le transfert conventionnel de la propriété s'opérait par la *tradition*. Le contrat (vente ou donation) était simplement productif d'obligations. Notre *Code civil* au contraire n'exige pas de tradition ; la propriété actuellement se transmet par le simple consentement. C'est donc le contrat seul qui transfère la propriété. On va voir dans la suite de ce paragraphe comment la théorie du Code civil est devenue le contre-pied de celle du droit romain.

1° *En droit franc.* — A. — *Des actes par lesquels se transfère la propriété immobilière.* —

Le transfert de la propriété ne pouvait avoir lieu par le seul consentement. Il fallait une tradition matérielle. C'était l'*Investiture réelle*, sorte de cérémonie publique, qui se composait de l'*appréhension* ou prise de possession du fonds par l'acquéreur, et du *déguerpissement* de l'aliénateur.

Peu à peu l'investiture réelle se transforma en une *tradition symbolique*. L'acquéreur se borna à recevoir de l'aliénateur des symboles (motte de terre, branche d'arbre, lance, flèche, festuca). Cette tradition se fit d'abord devant le juge (*tradition en justice*), Elle se fit ensuite même en dehors de la justice. Mais comme ce procédé présentait des inconvénients, on imagina de recourir à l'expédient d'un procès fictif en revendication. L'intervention du tribunal avait l'avantage d'écarter d'avance les prétentions des tiers sur le fonds aliéné.

Grâce à cette tradition symbolique, la *mise en possession de fait* se sépara de la *tradition de droit* avec laquelle elle se confondait jadis ; mais elle en devint le complément obligé. Cette mise en possession avait lieu en général avec une assez grande cérémonie.

En droit romain on constatait le transfert de la propriété par un acte (*carta*). Le droit germanique reprit cet usage, mais en l'étendant. En

effet il fit de la remise de la carta le symbole de l'aliénation. Ainsi fut créée la *Tradition per cartam.*

B. — *Effets juridiques de ces actes. — L'investiture réelle* donnait à la fois la possession et la propriété. Plus tard la *tradition symbolique* emporta transfert de propriété, et l'acquéreur avait le droit de se mettre en possession.

2° *En droit féodal.* — Grâce aux liens qui unissaient le seigneur et le vassal, ce dernier ne pouvait aliéner son fonds sans le consentement du seigneur, ou plutôt le vassal qui voulait aliéner son fonds, devait d'abord le délaisser ; le fonds ainsi délaissé faisait retour au seigneur, lequel le gardait ou le concédait de nouveau à qui il voulait. Tel fut le point de départ de la théorie féodale du transfert de la propriété.

A. — *Aliénation des fiefs et censives.* — Deux actes caractérisaient cette aliénation : a) *La dessaisine ou dévest,* acte par lequel le vassal (fief) ou le censitaire (censive) remettait le fonds à son seigneur en déclarant qu'il s'en dessaisissait entre ses mains ;

b) *L'investiture (fief) ou l'ensaisinement* (*censive*), acte par lequel le seigneur livrait le fonds à l'acquéreur en déclarant qu'il l'en saisissait ;

l'acquéreur de son côté devait prêter hommage au seigneur.

L'aliénation portait alors le nom de *dessaisine-saisine* ou *vest et dévest* ; elle avait lieu par la remise de la verge, du bâton, etc., devant la Cour seigneuriale. L'investiture ou ensaisinement opérait le transfert de la propriété, mais la possession ne s'acquérait ensuite que par l'*appréhension de fait*. A l'origine les droits qu'avait constitués le vassal ou le censitaire n'étaient pas opposables au seigneur qui reprenait le bien. Plus tard, au contraire, on déclara que les droits des tiers ne seraient pas purgés par le seul fait de l'investiture ou de l'ensaisinement.

B. — *Aliénation des alleux.* — L'alleu était un fonds libre de tout lien seigneurial, aussi n'était-il plus question ici de dessaisine entre les mains du seigneur. Dans les *pays de droit écrit* un acte était dressé par un notaire pour constater la vente ; l'acte était remis à l'acquéreur. On appelait cette remise le *bail de la cède.* L'acquéreur, en vertu de cet acte, avait le droit de se mettre en possession de sa propre autorité. Dans les *pays de droit coutumier*, tantôt on rédigeait un acte écrit au moment de l'aliénation, tantôt on procédait à la dessaisine-saisine devant le seigneur.

3° *En droit monarchique.* — Les formes féo-

dales du transfert de la propriété étaient trop gênantes pour pouvoir durer, surtout à mesure que la propriété féodale tombait en décadence. Aussi, à l'époque monarchique, la France coutumière se divisa en deux parties, sous le rapport du transfert de la propriété foncière : les *pays de nantissement*, au nord et à l'est, et les *pays de droit commun*, qui étaient la partie la plus importante des provinces coutumières.

A. — *Coutumes de nantissement.* — Dans les coutumes de nantissement on reprit, en le déformant, le vieux système féodal, en raison des avantages d'authenticité et de publicité qu'il donnait au transfert de la propriété. Voici sous quelles formes principales s'opérait ce transfert :

a) *Œuvres de loi.* — C'était l'ancienne dessaisine-saisine pratiquée, non devant le seigneur, mais devant les juges seigneuriaux ou royaux (Cour féodale ou Cour échevinale). Les alleux y étaient soumis. Les œuvres de loi étaient donc un acte judiciaire, mais dans lequel les formalités symboliques perdirent de leur importance. On rendit la *publicité* du transfert permanente, en exigeant que les œuvres de loi fussent enregistrées au greffe de la Cour, sur un registre accessible au public. Ce système ne s'appliquait qu'aux aliénations immobilières

entre-vifs et à la constitution des droits réels, comme l'hypothèque.

La vente était valable, sans la formalité des œuvres de loi ; l'acheteur avait une action personnelle contre son vendeur. Mais la propriété n'était transmise, ou le droit réel constitué, entre les parties et à l'égard des tiers, que lorsque la formalité des œuvres de loi avait été accomplie. Les œuvres de loi avaient pour effet de purger les droits des tiers sur l'immeuble.

L'Edit de juin 1771, article 35, et la Déclaration du 23 juin 1771 abolirent l'usage des saisines, œuvres de loi et nantissement, dans son application aux hypothèques. La Flandre et l'Artois refusèrent d'accepter ces édits. La loi des 19-27 septembre 1790, article 3, supprima le nantissement ; mais la loi du 11 brumaire an VII conserva l'ancien enregistrement, sous le nom de *transcription*. Le Code civil abandonna la transcription en matière de transfert immobilier. Elle ne fut rétablie que par la loi du 23 mars 1855.

b) *Appropriances par bannies*. — Cette institution apparut en Bretagne au XIIIe siècle. Voici en quoi elle consistait : à la suite d'une vente, trois *bannies* ou proclamations avaient lieu, à l'issue de la messe, pendant trois dimanches consécutifs, dans le but de porter l'acqui-

sition à la connaissance du public. Au xiv$^{e}$ siècle on adressait même des requêtes aux parents du vendeur. Puis le tribunal, dans le ressort duquel se trouvait le fonds vendu, prononçait l'adjudication au profit de l'acquéreur. C'est ce que l'on appelait la *Certification des bannies*. Un Edit d'août 1626 exigea *l'insinuation*, c'est-à-dire la transcription du contrat, avant la première bannie.

Les intéressés présents, c'est-à-dire habitant en Bretagne, n'avaient que huit jours après la première bannie pour faire opposition. Les intéressés absents n'étaient exclus que par la tenure d'an et jour de la part de l'acquéreur. Les droits réels sur l'immeuble étaient purgés par ces formalités. Les appropriances furent abrogées par le décret du 9 messidor an III.

c) *Vesture et prise de ban*, à Metz. A l'origine c'est le maire assisté des échevins qui accomplit la *vesture*, c'est-à-dire qui ensaisine l'acquéreur. Plus tard, au xiii$^{e}$ siècle, la vesture fut remplacée par la *Prise de ban*, c'est-à-dire par la proclamation solennelle de l'entrée en possession de l'acquéreur, faite par un officier public, sous l'autorité du maire, à quatre reprises différentes, A chaque ban les intéressés pouvaient former opposition. Cette institution disparut vers le milieu du xvii$^{e}$ siècle.

B. — *Droit commun des Coutumes françaises. — Système de la tradition feinte.* — Ce droit commun consiste en ce que, dans les contrats translatifs de propriété immobilière, on insère une clause, la plupart du temps mensongère, constatant que les formalités de dessaisine-saisine ont eu lieu. Cette tradition sur le papier, ou *tradition feinte*, a le même effet que la tradition réelle.

a) *Origines de la tradition feinte.* — En *droit romain* on trouvait quelques cas de transfert de propriété sans tradition matérielle de la chose à l'acquéreur (tradition *brevi manu*, constitut possessoire). Nous avons vu aussi dans le *droit barbare* la tradition *per cartam* qui s'introduisit en France. L'école des glossateurs augmenta le nombre des cas de transfert de propriété sans tradition matérielle du Droit romain, et elle donna une grande place à la clause de constitut possessoire contenue dans les actes de vente.

Sous l'influence des doctrines des glossateurs, les différentes clauses de *constitut possessoire*, de *bail de la cède*, de *réserve d'usufruit*, etc., devinrent de style dans les actes de transfert de la propriété immobilière et on finit même par les sous-entendre.

b) *Conditions de la tradition feinte.* —La pro-

priété n'est transmise par la tradition feinte qu'aux conditions suivantes :

α) Il faut un acte notarié ;

β) Il faut la clause de dessaisine-saisine ou une clause équivalente ;

γ) Il faut un aliénateur qui soit en possession réelle du fonds. Si l'aliénateur n'est pas en possession, le transfert de la propriété n'a pas lieu.

Ce système de la *tradition feinte* devint peu à peu, grâce à l'affaiblissement des droits du seigneur et de la famille, le droit commun, aussi bien dans les pays de droit écrit que dans les pays de coutumes. C'est ainsi qu'on arriva à la règle contenue dans l'article 1138 du Code civil, d'après laquelle *la propriété se transmet par le seul consentement.* Au fond l'innovation du Code civil a consisté à peu près uniquement à dispenser d'insérer dans les actes une clause devenue de style, et à ne plus exiger la rédaction d'un acte notarié.

### Ouvrages a consulter

*(Occupation)* : *Brissaud.* Manuel..., p. 1260. — *Thévenin.* Les Communia (Mélanges Renier), 1886. — *Cauvet.* Etude historique sur l'établissement des Espagnols dans la Septimanie, 1877.

*(Prescription)* : *Viollet.* Histoire..., p. 570. —

*Brissaud*. Manuel..., p. 1262. — *Glasson*. Histoire..., VII, p. 346.—*Buche*. N. R. H., 1884, p. 334. - *Prou*. N. R. H., 1884, p. 163. — *Gény*. Méthode d'interprétation et sources en droit privé, 1899. — *Desjardins*. N. R. H., 1877, p. 293.

*(Tradition)*: *Viollet*. Histoire..., p. 450. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1276. — *Glasson*. Histoire..., III, 134. — *Buche*. N. R. H., 1884, p. 54. — *Pitou*. Investiture féodale en droit germanique, 1899. — *Des Marez*. Etude sur la propriété foncière dans les villes du moyen âge, 1898. — *Tardif*. Droit privé au XIII[e] siècle, 1886. — *Chénon*. Étude sur l'histoire des alleux en France, 1888.— *Planiol*. N. R. H., 1890, p. 463. — *Prost*. N. R. H., 1880, 1 et 301. — 1878, 209.

# CHAPITRE VII

## DROITS RÉELS ET CHARGES FONCIÈRES

Sous l'ancien régime la propriété immobilière était soumise à une multitude de droits réels et de charges foncières. Ces droits et ces charges, issus de la féodalité et du servage, suscitaient dans la pratique de nombreux litiges, en même temps qu'ils créaient de graves embarras économiques. Le législateur moderne, instruit par l'expérience, a réduit le plus possible le nombre des droits réels, à l'exemple du droit romain.

### § 1. — *Baux à long terme et à court terme*

Les baux à long terme furent très pratiqués dans l'ancien droit, pour des raisons économiques et politiques. Le bail à court terme lui-même produisait dans la pratique des effets analogues à ceux du bail à long terme. Sous l'influence du droit romain, le bail ordinaire cessa de conférer un droit réel, et redescendit au rang de simple rapport personnel.

Dans les pays *de droit écrit*, à l'exemple du droit romain, le bail n'étant pas un droit réel, la vente du fonds loué entraînait la résolution du bail. Dans les pays *de droit coutumier*, au contraire, le bail étant un droit réel, pouvait être opposé à l'acheteur. Dans la pratique on insérait dans les contrats de vente une clause qui maintenait le bail. Le *Code civil*, dans l'article 1743, n'a fait que sous-entendre cette clause qui était devenue de style.

Parmi les baux, le *bail emphytéotique*, fait pour de longues années (cinquante ans ; quatre-vingt-dix-neuf ans ; toute une vie), conférait un droit réel. La loi du 18 septembre 1790 réduisit la durée de ce bail à quatre-vingt-dix neuf ans.

Le *bail à domaine congéable* était révocable au gré du bailleur, et cependant le fermier ne pouvait être expulsé avant d'avoir été remboursé de la valeur des édifices qu'il avait construits sur le fonds, et des améliorations qu'il avait faites.

### § 2. — *Libre tenure urbaine*

La libre tenure urbaine était une forme supérieure des baux à long terme. Il est probable qu'elle venait de ce qu'à l'origine, le seigneur

qui voulait fonder des villages dans des lieux dépeuplés, attirait les immigrants en leur offrant dans ces endroits une terre à peu près libre de tous droits, sous le nom de libre tenure urbaine.

### § 3. — *Rentes et charges foncières*

Pendant longtemps, à l'époque féodale, les charges réelles (cens, rentes, dîmes, tailles et corvées) étaient confondues avec les charges personnelles que devaient les colons et les serfs. Mais peu à peu on cessa de voir dans les charges réelles une suite de la condition personnelle des tenanciers, et on en fit une dette de la terre. Quiconque possédait la terre était soumis à ces charges, mais il pouvait s'y soustraire en la délaissant. Le retard dans le paiement des arrérages des rentes avait pour conséquence la perte du fonds. Avec le temps ces droits réels se transformèrent de plus en plus en droits personnels.

### § 4. — *Droits d'usage*

Ces droits appartenaient à l'ensemble des habitants d'un village sur les bois et les forêts. Ils portaient les noms : d'*affouage* (droit au bois de chauffage), de *pacage* (droit de faire

paître le bétail), de *glandée* (droit d'envoyer les porcs dans les bois de chêne). En général, pour participer à ces droits d'usage, il fallait avoir un foyer séparé dans la localité. Ces usages forestiers se restreignirent, à mesure qu'augmentaient les défrichements. Il en existe cependant encore plusieurs, comme l'affouage.

### § 5. — *Usufruit*

Nous trouvons à l'*époque franque* l'usufruit sous la forme du bénéfice ou du précaire. Mais c'est un usufruit qui ressemble beaucoup à la propriété viagère. Au contraire, en *droit coutumier*, on voit triompher l'usufruit du droit romain, tel qu'il existe encore.

### § 6. — *Droit du bénéficier sur le bénéfice ecclésiastique*

Le bénéficier jouit d'une sorte d'usufruit viager sur les biens de son bénéfice. A l'origine le bénéficier était nommé par son supérieur ecclésiastique ; plus tard il le fut par un patron laïque, mais avec intervention du supérieur cclésiastique. Il y eut de longues controverses

entre les canonistes et les civilistes sur la question de savoir quelle était la nature du droit qu'avait le bénéficier nommé par le patron, mais auquel le bénéfice n'avait pas encore été conféré par l'autorité ecclésiastique.

### § 7. — *Servitudes réelles*

Les servitudes réelles sont des restrictions au droit de propriété qui se présentent sous la forme de droits établis sur un fonds (le fonds servant), au profit d'un autre fonds (le fonds dominant). C'est ainsi que le *droit romain* envisagea les servitudes réelles, tout en les considérant comme des exceptions qu'il fallait limiter autant que possible.

Le *droit coutumier*, au contraire, multiplia d'autant plus les servitudes, qu'à cette époque le servage, les droits féodaux, les servitudes personnelles et les servitudes réelles étaient un peu confondus dans l'esprit des jurisconsultes. Aussi les rédacteurs du Code civil (art. 526) ont-ils corrigé la mauvaise impression que produisait le mot *servitude*, en y joignant celui de *services fonciers*. Quoi qu'il en soit, ce sont les doctrines romaines qui finirent par prévaloir en matière de servitudes réelles.

1° *Servitudes naturelles et légales.* — Ce sont les servitudes qui font comme partie intégrante du régime de la propriété foncière. En *droit coutumier* on rencontre ici :

A. — *Des servitudes d'utilité publique*, comme le marchepied, le chemin de halage, etc.

B. — *Des servitudes d'intérêt privé*, comme le passage en cas d'enclave.

C. — *Des servitudes résultant des règlements de police,* comme la distance pour la plantation des arbres.

D. — *Des cas de copropriété forcée*, comme la mitoyenneté des murs et l'obligation de se clore.

2° *Servitudes établies par le fait de l'homme.* — Elles résultent de jugements, de contrats, de testaments, et surtout de la *Destination du père de famille.* L'hypothèse prévue par ce dernier mode d'établissement est la suivante : Le propriétaire de deux fonds fait servir l'un au profit de l'autre ; quand, à la suite d'une vente ou d'un partage, ces deux fonds ont des maîtres différents, cet état de fait se transforme en servitude de droit. Le droit romain, et plus tard, les *pays de droit écrit*, n'admirent pas ce mode de création des servitudes. Le *droit cou-*

*tumier* l'admit, au contraire. Mais la Coutume de Paris réformée exigea que la destination du père de famille fût prouvée par écrit, ce qui restreignit un peu l'importance de ce mode de création des servitudes.

A l'origine on admettait que les servitudes s'établissaient par *prescription*. La Coutume de Paris proscrivit ce mode d'établissement des servitudes. Le *Code civil* n'admet la prescription que pour les servitudes continues et apparentes.

### Ouvrages a consulter

(*Baux*) : *Viollet*. Histoire..., p. 660. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1320. — *Alans* (Thèses, Ecole des Chartes, 1885, p. 8). — *Chénon*. Démembrement de la propriété, p. 49. — *Henry*. Etude du domaine congéable, 1894.

(*Libre tenure urbaine*) : *Des Marez*. Etude sur la propriété foncière dans les villes, 1898. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1322.

(*Rentes et charges foncières*) : *Brissaud*. Manuel..., p. 1323. — *Sée*. Les classes rurales, 1901.

(*Droits d'usage*) : *Brissaud*. Manuel..., p. 1324. — *Glasson*. N. R. H., 1891, p. 446. — *Sée*. Les classes rurales, 1901. — *H. de Pansey*. Biens communaux.

(*Usufruit*) : *Brissaud*. Manuel..., p. 1325.

(*Droit du Bénéficier*) : *Fournier*. N. R. H., 1890, p. 799.

(*Servitudes réelles*) : *Fournel*. Traité du voisinage, 1827. — *Machelard*. Examen critique des distinctions admises en ce qui concerne les servitudes prédiales, p. 122. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1327.

# CHAPITRE VIII

## RESTRICTIONS A LA LIBERTÉ D'ALIÉNER ENTRE VIFS LES RETRAITS

### § 1. — *Notions générales et origines*

Le *retrait* est le droit qui appartient à une personne de retirer à soi, c'est-à-dire de reprendre, le fonds vendu par son propriétaire à un tiers, à condition d'indemniser ce dernier. Les retraits trouvent leur origine dans ce fait, qu'aux droits du propriétaire foncier sur son fonds, se superposaient autrefois ceux du seigneur, des parents, et des voisins ou copropriétaires par indivis. Chacun de ces co-intéressés avait qualité pour intervenir dans l'aliénation.

Les retraits perdirent leur raison d'être avec la décadence de la féodalité, la désorganisation de la famille et des communautés agraires. La Révolution les abolit par une série de lois des 13 juin 1790, 17 juillet 1790, et du 13 mars 1792. Nous trouvons encore dans le Code ci-

vil quelques retraits qui ne sont au fond que des cas de subrogation personnelle consacrés par le droit romain, tels que le retrait litigieux, le retrait successoral et le retrait d'indivision.

Dans notre ancien droit, au contraire, on rencontre un grand nombre de retraits :

1° *Le retrait de voisinage ou de bourgeoisie*, au profit des voisins ou des bourgeois ;

2° *Le retrait de communion, de bienséance ou d'indivision*, au profit des copropriétaires ;

3° *Le retrait seigneurial*, au profit du seigneur ;

4° *Le retrait lignager*, au profit de la parenté ou lignage ;

5° *Le retrait conventionnel*, au profit du vendeur qui se le réserve par une clause de l'acte de vente.

Le plus important de ces retraits est le *retrait lignager* qu'il convient d'étudier en détail.

## § 2. — *Le Retrait lignager*

1° *Ses origines et son évolution.* — Le retrait lignager a pour origines *la copropriété familiale* de *l'ancien droit germanique*. Dans cette législation barbare, et même plus tard dans le *droit coutumier*, on constate une tendance à rendre

inaliénable, dans l'intérêt de la famille, le fonds qui appartient à cette dernière. Ainsi on oppose de grandes restrictions à la faculté d'aliéner les propres. C'est sous l'influence de ces idées qu'on n'autorisa d'abord les aliénations immobilières qu'avec l'*assentiment des parents* qui pouvaient les refuser, même sans motif. Plus tard cette faculté de consentir à l'aliénation fut transformée en une *offre faite aux parents* et en un *droit de préemption* à leur profit. Enfin dans le dernier état du droit, on permit au propriétaire d'aliéner son fonds, à condition de reconnaître aux parents le droit de le reprendre dans un certain délai (*retrait*).

2° *Conditions du retrait :* A. — Seuls les *propres* sont soumis au retrait, car seuls ces biens appartiennent à la famille. Les *acquêts*, fruit du travail individuel, échappent au retrait.

B. — *Les transferts de propriété à titre onéreux* étaient les seuls actes qui pouvaient donner lieu au retrait.

C. — Le retrait appartenait seulement aux parents, aptes à succéder, *de la ligne d'où venait le propre* (au lignage paternel s'il s'agissait d'un propre paternel, au lignage maternel s'il s'agissait d'un propre maternel).

D. — Le retrait était dirigé contre *tout étran-*

*ger à la famille,* c'est-à-dire, contre tous ceux qui n'y auraient pas eu droit eux-mêmes.

3° *Procédure du retrait.* — Le retrait lignager ne pouvait être exercé que *dans l'an et jour,* à dater de la saisine baillée à l'acheteur. Les parents qui voulaient exercer le retrait devaient faire valoir leur droit au retrait en justice, par une sorte d'action en revendication dont la procédure était très formaliste. Enfin le jour même où le retrait était adjugé par le tribunal, le retrayant devait payer à l'acheteur le *prix réel* qu'il avait déboursé, ainsi que les *loyaux coûts et les impenses nécessaires.*

4° *Effets du retrait.* — La vente était maintenue, mais le retrayant prenait la place de l'acquéreur. Par suite on ne payait qu'un seul droit de mutation, et le retrayant n'était pas l'ayant-cause de l'acquéreur. Cependant le vendeur était toujours autorisé à réclamer à l'acquéreur le prix de vente, ce qui était très important pour les ventes à terme. Enfin le bien retiré était classé parmi les propres de la famille.

### Ouvrages a consulter

(*Notions générales*) : *Viollet.* Histoire..., p. 560. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1333. — *Glasson.* His-

toire..., VII, 561. — *Jobbé-Duval* (thèse), 1874. — *Giard* (thèse), 1900. — *Buche*. N. R. H., 1891, p. 167. — *Beauchet*. N. R. H., 1900, p. 600 ; 1901, p. 1. — *Dareste*. Etudes d'histoire du droit, p. 27, 60, 132, 190, 263, 293, 328. — *Kovalevsky*. Passage de la propriété collective à la propriété individuelle (Annales de l'Institut de Sociologie) (II, p. 175).

(*Retrait Lignager*) : *Brissaud*. Manuel..., p. 1340. — *Dareste*. Etudes, p. 32. — *Beauchet*, N. R. H., 1901, p. 14. — *Jobbé-Duval* (thèse), 1874.

# LIVRE III

## LES SUCCESSIONS AB INTESTAT ET LES DISPOSITIONS A TITRE GRATUIT

## CHAPITRE PREMIER

### NOTIONS GÉNÉRALES

#### § 1. — *Préférence de la succession ab intestat.*

Autant à Rome le testament était en honneur, autant la succession *ab in testat* lui était préférée, dans l'ancien droit germanique, et dans notre ancien droit en général. Cela venait de ce que le testament était incompatible avec les vieilles idées de copropriété familiale, chères au droit germanique, et qu'il risquait de porter le trouble dans la famille, en lui enlevant des biens patrimoniaux.

#### § 2. — *Dispositions à titre gratuit*

Le testament est apparu dans l'ancien droit,

d'abord sous la forme de legs pieux ou de charges de caractère religieux, dont on confiait l'exécution à des exécuteurs testamentaires. C'est ainsi qu'on arriva peu à peu à la forme du testament romain. Mais dans les pays *de droit coutumier*, l'héritier testamentaire ne fut considéré toujours que comme un légataire ; seul l'héritier *ab intestat* continuait la personne du défunt. Cette conception explique la défaveur dont fut entourée la liberté de tester, même dans le droit révolutionnaire.

## § 3. — *Des divers ordres de succession*

A l'origine la succession allait d'abord aux parents qui vivaient avec le mort, puis aux parents qui ne vivaient pas avec le mort. En ce qui concernait ces derniers, les biens étaient attribués par ordre de *parentèles*, c'est-à-dire par groupe de parents ayant un auteur commun. Enfin, comme à la parenté par les mâles ou *agnatique*, s'opposait la parenté par les femmes ou *cognatique*, on pratiquait dans la succession une *fente*, et on attribuait les biens paternels du défunt à ses parents paternels, et les biens maternels à ses parents maternels.

### § 4. — *Pluralité de successions*

Dans l'ancien droit, non seulement on recherchait, comme nous venons de le voir, l'*origine* des biens, pour en régler la dévolution héréditaire, mais encore on s'attachait à leur *nature*. De cette façon il y avait une succession distincte pour chaque catégorie de biens (fiefs, censives, alleux, meubles, immeubles, etc.). Les principes du droit successoral romain, à savoir l'unité du patrimoine, et la continuation de la personne du défunt par l'héritier, ne furent jamais complètement appliqués dans les *pays de coutumes*, avant la Révolution. L'unité de succession fut au contraire adoptée dans les *pays de droit écrit*. Ici les biens étaient dévolus au parent le plus proche, conformément à l'intention probable du défunt. Enfin le *Droit révolutionnaire* établit dans les successions l'égalité des biens et l'égalité des personnes.

### § 5. — *Réserve et Légitime*

Le droit des parents sur le bien de famille se manifestait surtout dans les successions, au moyen du *retrait lignager* qui a déjà été étu-

dié, et au moyen de la *réserve héréditaire* et de la *légitime romaine*.

### Ouvrages a consulter

(*Notions générales*) : *Viollet*. Histoire..., p. 817. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1520. — *Glasson*. N. R. H. IX, 585. — *Warnkœnig*. Exposé historique du droit de succession en France, 1886. — *Galy*. La famille à l'époque mérovingienne, d'après Grégoire de Tours, 1901. — *Buche*. N. R. H., 1885, p. 562. — *Planiol*. N. R. H., 1887. — *Meynial*. N. R. H., 1892, p. 408. — *Esmein*. Cours d'histoire du droit (2e édition), p. 202. — *Sagnac*. Législation civile de la Révolution, p. 213 et 347.

## CHAPITRE II

### DES SUCCESSIONS AB INTESTAT ET DES DIVERS ORDRES D'HÉRITIERS

#### § 1. — *La Maison et le Lignage*

Dans le *droit germanique* et dans l'*ancien droit coutumier*, le droit de succéder appartenait, d'abord à ceux qui vivaient avec le défunt, et subsidiairement à son lignage, c'est-à-dire à ses descendants et collatéraux.

Le *droit féodal* vint compliquer un peu cet ordre de succession, en raison des droits du seigneur sur les biens de ses vassaux.

Enfin, dans le *droit monarchique*, sous l'influence du droit romain, on distingua trois sortes d'héritiers : les *descendants*, les *ascendants* et les *collatéraux ;* à défaut de ces héritiers, la succession passait au *conjoint survivant* et au *fisc*.

#### § 2. — *Les descendants au point de vue successoral*

Les *descendants légitimes* du défunt recueil-

laient sa succession de préférence à tous les autres parents. Mais ils étaient loin d'être sur le même pied d'égalité, et c'est ici qu'interviennent le privilège de masculinité, le droit d'aînesse, et l'exclusion des petits-fils, institutions qui furent abolies par la Révolution.

1° *Le Privilège de masculinité.* — Dans l'*ancien droit germanique*, à une époque de violences, seuls les hommes, parce qu'ils avaient la force de se battre, pouvaient succéder ; les femmes ne pouvaient recueillir un patrimoine que leur faiblesse physique les mettait hors d'état de défendre. En l'absence de descendants mâles, à l'origine, les voisins recueillaient la succession, plus tard les parents maternels furent admis à succéder à côté des parents paternels. C'est à ce stade de l'évolution que paraît être arrivée la *Loi Salique*. En effet, d'après cette loi, à défaut de fils, les filles prenaient les autres biens, mais non la terre. Bientôt, par le mot de *terre* on entendit seulement les propres de succession (*terra salica* ou *terra aviatica*), par opposition aux acquêts immobiliers.

Le *droit franc* n'abolit pas l'inégalité des sexes au point de vue successoral, mais il permit au père de l'écarter en faisant concourir ses filles avec ses fils, au moyen de ce que l'on appelait le *rappel à succession.*

Dans le *droit féodal*, les femmes purent prétendre à *la succession du fief*, à condition de rendre les services féodaux par représentant, c'est-à dire, le plus souvent par l'intermédiaire de leurs maris. Mais certaines coutumes n'admirent pas la succession de la femme au fief. Au contraire, pour les *biens non nobles*, l'égalité entre homme et femme prévalut en général, en droit coutumier. Cependant dans certains endroits on excluait de la succession les *filles dotées*.

Peu à peu, d'abord dans le droit féodal, puis dans le *droit monarchique*, à l'idée de la faiblesse physique des femmes qui les empêchait de succéder, se substitua l'idée d'empêcher le morcellement du patrimoine familial. Et c'est ainsi qu'on arriva à sacrifier les filles et les cadets à l'aîné, dans l'intérèt de la famille.

2° *Le droit d'aînesse.* — Le droit d'aînesse ne se rencontre ni dans le droit romain, ni dans les lois barbares. Il n'apparaît qu'avec le *régime féodal*. A l'origine il était établi dans l'*intérêt du seigneur*. En effet, l'aîné seul, par son âge et par son expérience, pouvait rendre les services féodaux, et en particulier le service militaire. De plus ces services étant indivisibles ne pouvaient être assurés que par une seule personne. Plus tard il y eut un grand *intérêt*

*politique* à ce que les seigneuries, qui étaient de petits Etats, ne fussent pas morcelées. Enfin, dans le dernier état du droit, le droit d'aînesse ne subsista que dans l'*intérêt de la famille*. Mais alors le droit d'aînesse fut de plus en plus restreint ; ainsi l'aîné, au lieu de prendre le fief tout entier, à charge d'apanager les puînés et de doter les filles, n'avait plus droit qu'au manoir principal, avec les deux tiers ou la moitié du fief. Dès le XIIIe siècle les restrictions au droit d'aînesse apparurent ; ainsi pas d'aînesse entre filles, pas d'aînesse en ligne collatérale, pas d'aînesse pour les biens roturiers. Le partage égal de la succession devint de plus en plus la règle, comme en droit romain. Aussi la *Révolution,* en abolissant le droit d'aînesse, ne fit que généraliser le droit commun des Coutumes.

3o *Absence de représentation.* — D'après la définition donnée par l'article 739 du Code civil, la représentation, en matière de succession, est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté.

A. — Dans le *droit germanique*, à la différence du droit romain, la représentation n'était admise ni en ligne directe, ni en ligne collatérale. Il est probable que pour interdire la repré-

sentation, on s'appuyait d'abord sur ce que, dans la vie familiale en commun, la mort d'un des frères, par exemple, ne conférait pour le présent aucun droit à ses fils ; le cercle des ayants-droit se resserrait simplement. On se disait, en outre, que l'oncle, dans notre cas, devait être préféré au neveu, parce que son âge et sa situation le préparaient mieux au rôle de chef de famille.

B. — Dans le *droit féodal*, la représentation fut admise, mais combinée avec le droit d'aînesse. Le petit-fils du fils aîné prédécédé jouissait des mêmes privilèges que son père et écartait ses oncles de la succession aux fiefs.

C. — Dans le *droit monarchique*, au XVI[e] siècle, on admettait encore difficilement la représentation en ligne collatérale, et il y avait divergence sur ce point entre les Coutumes.

D. — Dans le *droit révolutionnaire*, les décrets des 8-15 avril 1791 et du 17 nivôse an II, établirent la représentation à l'infini en ligne directe descendante et en ligne collatérale.

E. — Le *Code civil* n'admet la représentation qu'en ligne directe et en faveur des descendants des frères et sœurs.

### § 3. — *Les ascendants au point de vue successoral*

1° *Le lignage* (*ascendants et collatéraux*). —

A l'origine, quand les descendants manquaient, la succession passait à la *parentèle* du père du défunt. Quand cette parentèle était épuisée, on passait à la parentèle du grand-père du défunt, et ainsi de suite.

Ce système fit place dans le *droit coutumier* à un ordre de succession qui se rapprochait du système romain, et dans lequel les ascendants succédaient en concours avec les frères et sœurs. A défaut, la succession passait aux collatéraux les plus proches.

Dans les pays *de droit écrit,* la succession dans ce cas comprenait à la fois les meubles et les immeubles, les propres et les acquêts, tandis que dans les pays de *droit coutumier*, la succession ne comprenait que les meubles et les acquêts.

2° *La succession aux propres.* — A l'origine les parents maternels étaient exclus de la succession ; les parents paternels étaient seuls appelés à recueillir les propres. Peu à peu on permit aux parents maternels de prendre dans la succession les biens qui venaient de la mère. C'est ainsi que le *droit coutumier* arriva à la règle de *la fente*, d'après laquelle les *biens paternels revenaient à la famille paternelle*, *et les biens maternels à la famille maternelle*. L'Edit des mères de 1567, abrogé en 1729, tenta en vain

d'introduire cette règle, si contraire au droit romain, dans les pays de *droit écrit*.

3° *De la règle : Propres ne remontent.* — Au début cette règle signifiait que les ascendants ne succédaient pas à leurs descendants, usage dont l'origine est très controversée. Plus tard on l'entendit seulement dans ce sens que le propre paternel ne passait pas aux parents maternels et réciproquement.

Quant au *retour légal* ou *retour successoral* qui permet à l'ascendant donateur de reprendre dans la succession, à l'exclusion de tous autres, les biens donnés par lui à ses enfants décédés sans postérité, il se rattache non au droit romain, mais au *droit germanique*. En effet, dans le droit germanique, la donation était dans la pensée du donateur une libéralité qui, faite seulement au gratifié lui-même et à ses descendants, devait, à défaut de postérité, revenir au donateur. Cette conception, abandonnée pour les donations ordinaires, subsista pour les donations faites par les ascendants à leurs descendants. Dans les pays de *droit écrit*, les biens revenaient au donateur libres de toutes charges. Dans les *pays de coutumes*, au contraire, les charges établies par le donataire étaient opposables au donateur, car le donateur qui reprenait le bien était considéré ici comme un héritier. C'est sous

cette dernière forme que le *Code civil*, dans son article 747, a consacré le retour successoral qui avait été aboli sous la Révolution.

### § 4. — *Les Collatéraux au point de vue successoral*

Dans les pays de *droit écrit*, la règle était, pour les propres, comme pour les acquêts, que le parent le plus proche du défunt était préféré au plus éloigné, sauf application du privilège du double lien et de la représentation. Dans les *pays de coutumes*, il y avait des exceptions en ce qui concerne les propres.

Cette règle *de la proximité du degré* était battue en brèche, d'abord par l'usage que les biens paternels allaient aux parents paternels, et les biens maternels aux parents maternels, et ensuite par l'obligation de rechercher l'origine des biens en matière de succession :

1° *Le Privilège du double lien.* — Ce privilège consistait en ce que la succession entière appartenait aux frères et sœurs *germains*, de préférence aux *consanguins* ou *utérins*. Sur ce point cependant il y avait quelques divergences dans les Coutumes.

2° *La représentation chez les collatéraux.* — La règle de la représentation chez les collaté-

raux était admise par certaines Coutumes et rejetée par d'autres.

3° *La dévolution des biens successoraux chez les collatéraux.* — D'après les lois barbares et certaines Coutumes, cette dévolution devait s'arrêter aux cinquième, sixième, septième ou dixième degré. Le Code civil, dans son article 755, déclare que les parents ne succèdent pas au delà du douzième degré.

### § 5. — *Le Conjoint survivant au point de vue successoral*

1° *Dans les pays de Droit écrit.* — S'il n'y avait pas de parents, le conjoint survivant succédait au prédécédé. S'il y avait des parents, le conjoint survivant prenait le quart de la succession du prédécédé, s'il y avait trois enfants ou moins ; il prenait une portion virile, s'il y avait plus de trois enfants. Lorsqu'il y avait des enfants, cette part du conjoint survivant que l'on appelait la *Quarte Pauvre*, était en usufruit. Au XVIII^e siècle, la jurisprudence ne donna au conjoint survivant qu'une pension viagère ;

2° *Dans les pays de Coutumes.* — A l'origine, quand il n'y avait pas de parents, le fisc pre-

nait la succession aux dépens du conjoint. Plus tard, sous l'influence du droit romain, on reconnut aux époux un droit de succession réciproque qui passait avant celui du fisc ou du seigneur ;

3° *En droit révolutionnaire.* — La loi du 22 novembre 1790, généralisa la succession du conjoint survivant à défaut de parents.

4° Le *Code civil* déclara simplement dans son article 767, que lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent au conjoint non divorcé qui lui survit.

### § 6. — *Successions irrégulières. Droit de déshérence*

1° *En droit franc.* — Le fisc royal s'emparait des biens d'une personne morte sans héritiers (biens en déshérence).

2° *En droit féodal.* — Le *droit de déshérence* appartenait au seigneur justicier qui avait aussi le droit d'aubaine et de bâtardise. Mais ce droit de déshérence ne portait que sur les alleux et les meubles ; enfin le seigneur devait souvent partager la succession en déshérence avec un établissement de bienfaisance.

### Ouvrages a consulter

(*Successions ab intestat*) : *Viollet.* Histoire..., p. 837. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1526. — *Glasson.* Histoire..., III, 143, VII, 422.

(*Maison et lignage*) : *Viollet.* Histoire..., p. 844. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1526.

(*Privilège de masculinité*) : *Viollet.* Histoire..., p. 823. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1527. — *Glasson.* Histoire..., III, 146 ; VII, 466. — *Meynial.* N. R. H., 1901.

(*Droit d'aînesse*) : *Viollet.* Histoire..., p. 838. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1533. — *Glasson.* Histoire..., VII, 430. — *Guilhiermoz.* Origines de la noblesse, 1901, p. 202, 214.

(*Absence de représentation*) : *Viollet.* Histoire..., p. 832. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1538. — *Glasson.* Histoire..., III, 166 ; VII, 495. — *D'Espinay.* N. R. H., 1896, p. 477.

(*Le lignage*) : *Brissaud.* Manuel..., p. 1539.

(*La succession aux propres*) : *Viollet.* Histoire..., p. 845 — *Brissaud.* Manuel..., p. 1541. — *Dufourmantelle* (thèse), 1882. — *Jarriaud.* N. R. H., 1890, p. 240.

(*Propres ne remontent*) : *Glasson.* Histoire..., VII, 462. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1543.

(*Collatéraux*) : *Brissaud.* Manuel..., p. 1546.

(*Conjoint survivant*) : *Viollet.* Histoire..., p. 853. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1549.

(*Successions irrégulières*) : *Viollet.* Histoire..., p. 853. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1550. — *R. Caillemer.* Confiscation et administration des successions par les pouvoirs publics au moyen âge, 1901.

## CHAPITRE III

### DE L'ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ ET DE SES CONSÉQUENCES

#### § 1. — *Ouverture de la succession*

L'ouverture de la succession résultait de la *mort naturelle* et de la *mort civile* (condamnation criminelle ; profession religieuse ; lèpre ; folie, etc.).

Quant à l'*absent*, ses biens étaient administrés par un curateur. Après un délai de trois, sept ou dix mois, suivant les endroits, les héritiers de l'absent étaient envoyés en possession provisoire ; et cet envoi devenait définitif après vingt ou trente ans depuis les dernières nouvelles ou la disparition de l'absent.

#### § 2. — *De l'incapacité de succéder.*

Elle résultait, soit de ce que l'héritier ne pouvait *physiquement* (folie, idiotie, lèpre, bas

âge, etc.), ou *moralement* (religieux, condamné, etc.) devenir chef de famille, soit de ce que l'héritier n'appartenait pas à la maison, aubain, bâtard, fils émancipé). Parmi ces incapacités, celles des aubains, des bâtards et des religieux subsistèrent presque seules.

### § 3. — *De l'exhérédation et de l'indignité.*

Le *droit coutumier* emprunta l'exhérédation au droit romain et au *droit écrit*. Au XIIIe siècle, l'héritier ne pouvait être privé que de la quotité disponible. Au XVIe siècle on pouvait lui enlever toute la succession, mais il fallait qu'il y eût une juste cause et que l'exhérédation résultât d'une déclaration formelle. A cette époque, et plus tard encore, le père de famille avait le droit d'exhéréder son fils prodigue, au profit de ses petits-enfants ; c'était ce que l'on appelait l'*exhérédation officieuse*. Les tribunaux, en revanche, pouvaient annuler l'exhérédation quand elle résultait seulement de la haine ou de la colère contre l'héritier (*action ab irato*). Le décret du 9 fructidor an II a aboli l'exhérédation qui n'a pas reparu dans le Code civil.

Quant à l'*indignité*, ce n'était qu'une exhé-

rédation tacite prononcée par les tribunaux dans certains cas.

### § 4. — *Du rôle de l'héritier*

A la différence du droit romain, l'*ancien droit français* n'admettait pas que l'héritier continuât la personne du défunt. L'héritier n'était cependant pas un acquéreur à titre particulier, mais un successeur à titre universel qui recueillait une masse de biens, et non des biens isolés.

Dans le *droit plus récent*, on se rapprocha de la conception du droit romain. Ainsi les dettes du défunt passèrent à l'héritier avec ses biens. On arriva ainsi peu à peu à distinguer les continuateurs de la personne du défunt qui étaient les héritiers *ab intestat*, et les simples successeurs aux biens qui étaient les héritiers testamentaires et les successeurs irréguliers *ab intestat*.

### § 5. — *De l'acquisition de l'hérédité et de la saisine héréditaire*

En vertu de la copropriété familiale, l'acquisition de l'hérédité avait lieu *de plein droit* par l'*héritier ab intestat*, sans formalités. Quant aux

*héritiers testamentaires*, on exigeait qu'ils demandassent la délivrance aux héritiers légitimes, et, en cas de refus, à la justice.

Dans l'ancien droit français, à la différence du droit romain, l'héritier *ab intestat* jouissait de la *saisine héréditaire ;* c'est-à-dire que le défunt était censé avoir mis lui-même l'héritier en possession, à l'instant de son décès. C'est ce que l'on exprimait par la formule : « *Le mort saisit le vif* ». Par suite, dès le décès, l'héritier avait tous les avantages de la possession, (exercice des actions possessoires, droit aux fruits, etc.). Nous verrons plus loin que la saisine des meubles, mais non des immeubles, était souvent donnée aux exécuteurs testamentaires.

Le *Code civil*, dans son article 724 a consacré la théorie de la saisine héréditaire.

### § 6. — *Acceptation et répudiation de l'hérédité*

Sous l'influence du droit romain, l'héritier *ab intestat* et le successeur testamentaire eurent le choix, ou d'accepter purement et simplement la succession, ou d'y renoncer, ou de l'accepter sous bénéfice d'inventaire. Avant de prendre parti, l'héritier avait trois mois et quarante jours pour délibérer ; pendant ce temps les

poursuites des créanciers de la succession étaient suspendues :

1° *Acceptation pure et simple.* — Elle avait lieu, soit expressément, soit tacitement en faisant acte d'héritier ;

2° *Renonciation.* — La renonciation *tacite* était défendue. Quant à la renonciation *expresse*, elle devait, depuis le XIII$^{e}$ siècle, se faire en justice. On admettait aussi la *renonciation à succession future,* qui est maintenant prohibée ;

3° *Acceptation sous bénéfice d'inventaire.* — Le bénéfice d'inventaire, emprunté au droit romain, permet à l'héritier de n'être tenu des dettes héréditaires que jusqu'à concurrence de l'actif de la succession. Dans les *pays de Coutumes*, on ne pouvait l'obtenir que par des *lettres royaux.* L'héritier bénéficiaire était chargé de la gestion de la succession. Enfin, en ligne collatérale, l'héritier bénéficiaire était exclu par le successible du degré subséquent qui acceptait purement et simplement.

## § 7. — *Du partage entre cohéritiers*

L'indivision et la communauté étaient aussi fréquentes et aussi en honneur dans l'ancien droit, qu'elles sont rares et réprouvées mainte-

nant (Cf. article 815 du Code civil). Cette défaveur avait du reste déjà commencé à la fin de l'ancien régime.

1° *Formes du partage.* — Le partage se faisait à *l'amiable*, ou *en justice* s'il y avait désaccord entre les cohéritiers. On cherchait surtout à obtenir l'égalité entre les lots, et, pour cela, les biens impartageables étaient vendus. Si l'égalité était rompue, le cohéritier lésé avait une *action en rescision* de partage, ou une *action en garantie*, quand il y avait eu éviction. Lorsque l'héritier cédait ses droits successifs à un étranger, ses cohéritiers pouvaient écarter celui-ci en l'indemnisant, au moyen du *retrait successoral.*

2° *Effets du partage.* — A la différence du droit romain, le droit coutumier considéra le partage comme un *acte déclaratif* et non translatif de droits. Le cohéritier, en vertu de cette conception, était censé avoir tout reçu directement du défunt, et ne rien tenir de ses cohéritiers. Ce système doit peut-être être rattaché à l'ancienne copropriété familiale. Il fut d'abord appliqué au XIII^e siècle à propos du paiement des *droits de mutation* en cas de partage ; on ne payait qu'un seul droit, au moment du décès ; on n'en payait pas un second au moment du partage.

Grâce au système déclaratif du partage, *les hypothèques constituées pendant l'indivision* par l'un des cohéritiers, tombaient, si le bien hypothéqué venait à écheoir dans le lot d'un autre cohéritier. C'est surtout à partir du XVIe siècle que cette conséquence se fit jour.

3° *Théorie des rapports.* — Cette théorie avait pour but de maintenir l'égalité dans les partages. A l'origine les enfants qui vivaient dans la maison étant seuls héritiers, l'égalité était facilement maintenue entre eux. Plus tard, quand on admit à la succession les enfants émancipés et les filles dotées vivant hors de la maison, ces derniers ayant travaillé pour leur compte, alors que les enfants vivant à la maison n'avaient travaillé que pour la famille, on obligea les émancipés ou à renoncer à la succession ou à rapporter leurs bénéfices à la masse héréditaire. Les fils ou filles qui avaient reçu des avances sur la succcession ou *avancements d'hoirie*, devaient aussi les rapporter. Les enfants devaient même rapporter les sommes prêtées, et c'est ainsi que naquit la théorie du *rapport des dettes*.

Le rapport des immeubles se faisait en nature, et celui des meubles en moins prenant. Au point de vue du rapport on distinguait les Coutumes suivant leur plus ou moins grande

rigueur en *Coutumes d'égalité parfaite* qui imposaient le rapport même aux descendants qui renonçaient à la succession, *Coutumes de simple égalité* (Paris) qui permettaient à l'héritier de se dispenser du rapport en renonçant à la succession, et *Coutumes de préciput* chez lesquelles l'héritier pouvait éviter le rapport en renonçant à la succession, ou en obtenant du *de cujus* la dispense de rapport, même en cas d'acceptation.

Le *Droit révolutionnaire* (Loi du 17 nivôse an II), adopta le système des coutumes d'égalité parfaite. Mais la loi du 4 germinal an VIII et le *Code civil* consacrèrent celui des Coutumes de préciput.

Les ascendants, les collatéraux et les successeurs testamentaires n'étaient pas soumis au rapport. Enfin le droit coutumier édicta la règle qu'on ne pouvait être à la fois héritier et légataire.

### § 8. — *Du paiement des dettes et de la séparation des patrimoines.*

A l'origine les dettes *mouraient* avec le débiteur. Plus tard on admit que l'héritier du débiteur était tenu des dettes de celui-ci, mais

seulement sur les *meubles de la succession*. Peu à peu cette restriction s'effaça, et on déclara que l'héritier serait responsable des dettes du défunt, même sur les *immeubles successoraux*. Enfin, dans le dernier état du droit, l'héritier *ab intestat* devait payer toutes les dettes, même sur ses *propres biens*. Il n'en était pas de même des simples successeurs aux biens (successeurs irréguliers, légataires, etc.) ; ceux-ci ne devaient payer les dettes que sur les biens qu'ils avaient recueillis dans la succession.

La *séparation des patrimoines* de notre ancien droit, quoique empruntée au droit romain, ne présente cependant pas le même caractère. Grâce à cette institution, on évitait la confusion des biens de l'héritier avec les biens héréditaires. Chaque créancier de la succession, et chaque légataire était autorisé à la réclamer individuellement contre chaque créancier personnel de l'héritier. Pendant ce temps l'héritier conservait l'administration des biens héréditaires. On exigea, jusqu'au XVII[e] siècle, que la séparation des patrimoines fût demandée par lettres de chancellerie.

### Ouvrages a consulter

(*Ouverture de la succession*) : *Brissaud*. Manuel..., p. 1554.

(*Incapacité de succéder*) : *Brissaud.* Manuel..., p. 1555. — *Landry.* Mort civile des religieux, 1900.

(*Exhérédation*) : *Lambert.* De l'exhérédation, 1895. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1556. — *Gendreau.* De l'indignité (thèse), 1899.

(*Rôle de l'héritier*) : *Brissaud.* Manuel..., p. 1558.

(*Acquisition de l'hérédité*) : *Viollet.* Histoire..., p. 830. — *Brissaud,* Manuel..., p. 1560. — *Planiol.* Revue critique, 1885, p. 437. — *Dufourmantelle* (thèse), 1890. — *Dubois.* N. R. H., 1880, p. 101.

(*Acceptation et répudiation*) : *Brissaud.* Manuel..., p. 1564.

(*Partage*) : *Liégeard.* Origines de la maxime : le partage est déclaratif de propriété, 1856. — *Rouard de Card.* Caractère déclaratif du partage, 1895. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1568. — *Esmein.* N. R. H., 1891, p. 166.

# CHAPITRE IV

## DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES

### § 1. — *Origines et évolution générale des dispositions testamentaires*

Le *droit franc* ne connaissait ni le testament ni les dispositions à cause de mort. C'était une conséquence du régime de la communauté familiale. Aussi lorsque quelqu'un craignait de mourir sans héritier, il s'en créait un, au moyen de l'*adoption*. C'était aussi par une opération de ce genre, que la loi Salique appelait *Affatomie*, que l'on se créait un héritier. L'affatomie consistait dans une disposition par personne interposée faite devant l'assemblée du peuple.

En droit franc on remplaçait souvent le testament par des aliénations entre-vifs qui conféraient tout de suite des droits irrévocables, mais qui n'étaient exécutables qu'au décès du disposant. Ces pactes successoraux se présentaient sous la forme de *rappels à succession*,

*institutions contractuelles*, *dons mutuels entre époux*, *donations post mortem avec réserve d'usufruit*.

Le *testament* proprement dit ne commença à apparaître que sous la forme de *legs pieux* dont on chargeait un *exécuteur testamentaire*. L'institution de l'exécuteur testamentaire se développa, grâce à la jurisprudence des Cours d'Eglise et au droit canon. L'exécuteur testamentaire, que le défunt choisissait parmi ses parents ou amis, devenait propriétaire des biens légués, à la mort du disposant ; mais il devait alors les transmettre à une église ou à un monastère désigné par le défunt, pour faire dire des messes. Les autorités religieuses et civiles surveillaient la gestion de l'exécuteur.

Peu à peu le rôle de l'exécuteur testamentaire, de religieux qu'il était, devint laïque. On le chargea de payer les dettes du défunt, d'acquitter les legs, etc., etc. Enfin l'exécuteur tendit à devenir un simple mandataire. Aussi au XVI[e] siècle les Cours d'Eglise ne furent plus chargées de juger les différends résultant de cette institution.

L'exécution testamentaire tomba en désuétude dans les *pays de droit écrit ;* elle se maintint dans les *pays de coutumes*, et elle existe encore dans le Code civil (art. 1025).

### § 2. — *Le testament. (Compétence. Conditions de validité. Formes)*

La renaissance du droit romain au XIIe siècle, ainsi que l'affaiblissement des droits du seigneur et de ceux de la famille, firent reparaître le testament sous la forme d'un acte unilatéral, souvent secret, toujours révocable, portant disposition, pour après le décès, des biens présents et futurs. Comme on l'a vu, de purement religieux qu'il était au début, il devint peu à peu un acte séculier comprenant des legs à titre universel. Il en résulta d'abord que toutes les *conditions de capacité* nécessaires pour laisser ou recueillir une succession *ab intestat* furent appliquées aux successions testamentaires. De plus, l'*institution d'héritier* du droit romain reparut d'abord dans les *pays de droit écrit*, vers le XIIe siècle, plus tard seulement et plus difficilement, dans les *pays de coutumes*.

On distingua plusieurs sortes de testaments :

1° *Le testament canonique.* — Dans ce testament il ne s'agissait que du salut de l'âme du testateur. Il se faisait tout d'abord sous la forme d'une déclaration verbale en présence de deux ou trois témoins. Le curé du lieu devait y figurer, car ce testament était une suite de la con-

fession. Le curé constatait par écrit les dernières volontés du défunt, et cet écrit était rendu public par une sorte de publication. Le testament canonique existait encore au XVIIIe siècle.

2° *Le testament olographe.* — Ce testament peu usité devait simplement être daté, écrit et signé de la main du testateur. Au début on exigeait aussi l'apposition d'un sceau authentique.

3° *Le testament nuncupatif ou verbal.* — Ce testament, en usage dans les pays de droit écrit, consistait dans une déclaration faite devant cinq ou sept témoins Il fut aboli par l'Ordonnance de 1735.

4° *Le testament par acte public.* — Il y avait trois sortes de testament par acte public :

A. — *Le testament nuncupatif écrit des pays de droit écrit.* — C'était une déclaration faite par le testateur en présence de sept témoins, y compris un notaire qui l'enregistrait sous sa dictée.

B. — *Le testament solennel des pays de Coutumes.* — C'était un acte très formaliste qui consistait dans une dictée faite en présence de deux notaires, ou d'un notaire et de deux témoins, et consignée par écrit par l'un des deux notaires ou par le notaire unique.

C. — *Le testament mystique ou secret des*

*pays de droit écrit*. — Ce testament, emprunté au droit romain, se faisait de la façon suivante : Le testateur présentait à sept témoins, y compris le notaire, un papier clos et scellé, en déclarant que c'était là son testament. Le notaire dressait procès-verbal sur l'enveloppe,

La *révocation des testaments* pouvait être expresse ou tacite :

A. — *Révocation expresse*. — Dans les *pays de Coutumes* elle avait lieu par acte notarié ou sous-seing privé. Dans *les pays de droit écrit*, la révocation ne pouvait résulter que d'un nouveau testament, comme en droit romain.

B. — *Révocation tacite*. — Dans les *pays de Coutumes*, elle résultait de tout changement de volonté non équivoque. Dans les *pays de droit écrit*, elle résultait d'un nouveau testament.

Jusqu'à l'Ordonnance de 1735, on permettait d'insérer dans le testament une clause indiquant que le testament ne pouvait être révoqué que sous certaines conditions.

### Ouvrages a consulter

(*Origines et évolution générale*) : *Viollet*. Histoire..., p. 859. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1578. — *Glasson*. Histoire..., III, 176 ; VII, 540. — *Auffroy*. Evolution du testament en France, des origines au XIIIe siècle, 1899. — *R. Caillemer*. Exécuteurs testamentaires. 1901. — *Lambert*. La

tradition romaine sur la succession des formes du testament, 1901. — *Le Fort.* Exécuteurs testamentaires, 1876.

(*Testament*) : *Viollet.* Histoire..., p. 866, 893, 895, 899. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1590. — *Tardif.* Droit privé au XIII[e] siècle, p. 66.

# CHAPITRE V

## DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET A CAUSE DE MORT

### § 1. — *Restrictions à la liberté de donner*

Les donations étaient mal vues dans l'ancien droit, car elles allaient à l'encontre des droits de la famille ou des propriétaires supérieurs. De là les restrictions suivantes qui furent mises à la liberté de donner : règle « donner et retenir ne vaut », formalités rigoureuses, incapacités particulières, théorie de la légitime.

### § 2. — *Les donations à l'époque barbare*

A l'époque barbare la donation était considérée plutôt comme un prêt gratuit que comme une libéralité définitive. Ainsi en principe le donataire ne pouvait disposer des biens donnés, et il ne jouissait que d'une propriété limitée. Enfin,

à la différence de la donation du droit romain, la donation du droit barbare présentait un caractère personnel.

### § 3. — *De la règle : « Donner et retenir ne vaut. »*

Peu à peu, sous l'influence du droit romain, la donation impliqua le dessaisissement du donateur. Mais pour être valable, la donation devait être exécutée par le *transfert de la propriété au moyen de la tradition.* C'est ainsi qu'apparut la règle « donner et retenir ne vaut », mais règle à laquelle, jusqu'au XVIe siècle, on pouvait déroger par une clause spéciale.

La tradition fut exigée avec moins de rigueur, lors de la rédaction des Coutumes ; et la règle « donner et retenir ne vaut » ne s'entendit plus désormais que dans le sens de *l'irrévocabilité de la donation*. Mais cette irrévocabilité fut appliquée sévèrement.

### § 4. — *Formalités des donations*

1° *Un acte notarié* était nécessaire. Cet ancien usage fut consacré par l'Ordonnance de 1731 ;

2° *L'acceptation* avait lieu d'une façon *solennelle* (Ordonnance de 1731) ;

3° *L'insinuation*, ou transcription de l'acte de donation sur des registres publics, était exigée depuis l'Ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, qui avait emprunté cette formalité au droit romain.

### § 5. — *Incapacités de disposer et de recevoir*

Ces incapacités qui étaient assez nombreuses, avaient pour conséquence d'empêcher beaucoup de donations.

En ce qui concerne les *donations entre époux*, le *droit écrit*, suivant le dernier état du droit romain, déclara valables ces donations, si l'époux donateur prédécédait, sans les avoir révoquées. Le *droit coutumier*, plus rigoureux, annula ces donations, qu'elles fussent directes ou indirectes. Le *Code civil* est revenu au système romain en permettant les donations entre époux, mais en les déclarant révocables.

Le *don mutuel entre époux*, en usage dans le droit franc, qui ne connaissait pas le régime de communauté, ne fut plus que toléré, quand le régime de communauté exista. On ne permit ces dons mutuels entre époux que s'il n'y avait pas d'enfants, et si l'égalité entre les époux était bien respectée. Au XVI^e siècle, la Coutume de Paris ne permit plus que les dons en usufruit de la part de communauté revenant à chaque conjoint.

## § 6. — *Révocation des donations*

Les causes de révocation sont :

1° *Le retour successoral*, déjà étudié ;

2° *L'ingratitude du donataire*. — Cette cause de révocation empruntée au droit romain n'atteignait que le donataire coupable, et non les tiers qui avaient traité avec lui ;

3° *La survenance d'enfants*.— Cette cause de révocation empruntée aussi au droit romain, fut appliquée dans les *pays de Coutumes*, comme dans les *pays de droit écrit*. Au fond la survenance d'enfants chez le donateur était une condition résolutoire tacite, qui avait fini par passer à l'état de précepte obligatoire dans l'intérêt de la famille.

## § 7. — *La donation à cause de mort*

Au XII<sup>e</sup> siècle cette donation revêtit le caractère qu'elle avait en droit romain. C'était un contrat accepté par le donataire, mais qui était révocable, comme le testament, par le prédécès du donataire ou par la volonté du donateur. Cette donation qui n'existait, à l'état indépendant, que dans les *pays de droit écrit*,

devait se faire devant cinq témoins. Dans les *pays de Coutumes* elle se confondait avec le testament. L'Ordonnance de 1731 consacra cette confusion.

### Ouvrages a consulter

(*Restrictions à la liberté de donner*) : *Viollet.* Histoire..., p. 884. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1596. — *Glasson.* Histoire..., III, 181 ; VII, 523. — *Reverdy* (thèse), 1896.

(*Donations à l'époque barbare*) : *Viollet.* Histoire du droit public, I, p. 320. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1596. — *Guilhiermoz.* Origines de la noblesse, p. 104. — *Havet.* N. R. H., 1878, p. 255. — *Esmein.* Contrats..., p. 13.

(*Donner et retenir ne vaut*): *Brissaud.* Manuel..., p. 1598. — *Desjardins.* Revue critique, 33, 207. — *Chénon.* Revue canonique, 1899. — *Tardif.* Droit privé au XIIIe siècle, p. 70.

(*Formalités des donations*) : *Viollet.* Histoire..., p. 905. — *Brissaud.* Manuel. ., p. 1601. — *Reverdy* (thèse), p. 227. — *Blondel* (thèse), 1881. — *Perrin* (thèse), 1901.

(*Incapacités de disposer et de recevoir*) : *Brissaud.* Manuel..., p. 1603. — *Viollet.* Histoire..., p. 811. — *Esmein.* Mélanges, p. 49. — *Boissonade.* Histoire des droits du conjoint survivant, 1874.

(*Révocation des donations*) : *Brissaud.* Manuel..., p. 1606. — *Reverdy* (thèse), p. 349.

(*Donations à cause de mort*) : *Glasson.* Donations à cause de mort, 1870. — *Glasson.* Histoire..., VII, 530. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1607. — *Barrilleau* (thèse), 1878

# CHAPITRE VI

## PACTES SUCCESSORAUX

Les pactes successoraux, interdits en droit romain, furent très pratiqués à l'époque féodale et à l'époque monarchique. Cependant peu à peu, sous l'influence du droit romain, on finit par n'user des pactes successoraux que dans les contrats de mariage. Les principaux pactes successoraux sont les suivants :

### § 1. — *Renonciations à successions futures*

Ces renonciations, établies dans un intérêt de conservation du patrimoine familial, avaient lieu, surtout au profit du fils aîné. Elles figuraient le plus souvent dans les contrats de mariage, sous la forme de déclarations unilatérales, appuyées sur un serment, en présence des parents réunis. L'effet de la renonciation était subordonné au paiement de la dot promise ; il disparaissait en cas de prédécès du parent ou de la ligne au profit de laquelle la

renonciation avait eu lieu, ou bien si le renonçant était rappelé à la succession par le défunt.

### § 2. — *Institution contractuelle*

Contraire au droit romain, au droit écrit, et même à la règle coutumière, « Institution d'héritier n'a lieu », l'institution contractuelle était une institution d'héritier faite par contrat. Elle exista surtout au profit des familles nobles, en vue d'assurer le service du fief. Plus tard l'institution contractuelle parut utile pour permettre à celui qui voulait fonder une famille de compter sur un contrat définitif et certain, au lieu de compter sur un testament toujours aléatoire.

La *Révolution* interdit l'institution contractuelle, à cause de son esprit aristocratique. Le *Code civil* l'a rétablie, dans son article 1082, sous le nom de donation de biens à venir.

### § 3. — *Démission de biens*

Dans le *droit germanique*, on permit aux parents devenus incapables de gérer leur patrimoine par suite de l'âge ou des infirmités, d'abdiquer leur situation de chefs de famille au profit de leurs descendants plus jeunes. Ces

derniers acquéraient tout de suite la succession, à charge de fournir des aliments à leurs parents.

Dans le *droit coutumier*, la démission de biens devint révocable et fut traitée, au moins pour le fond, comme un testament. Dans l'ancien droit coutumier, l'ascendant qui usait de la démission de biens était frappé d'une sorte d'interdiction ; ainsi il ne pouvait acquérir de nouveaux biens. Plus tard il garda sa capacité entière

Le *droit révolutionnaire* n'abolit pas la démission de biens, et dans le *Code civil* cette institution s'est confondue avec le partage d'ascendants.

### §. 4. — *Partage d'ascendants*

Le partage d'ascendants est l'opération par laquelle un ascendant partage lui-même par avance ses biens entre ses héritiers. Le droit écrit et le droit coutumier empruntèrent cette institution au droit romain. Le partage d'ascendants, qui était vu avec faveur, fut dispensé des formalités ordinaires des testaments. Il suffisait que la volonté du testateur fût certaine. Ces partages étaient révocables, quand ils ne figuraient pas dans un contrat de mariage. A la

mort de l'ascendant, les copartagés recueillaient les biens en qualité d'héritiers *ab intestat*. Le droit coutumier exigeait, sous peine de nullité, que les parts des enfants fussent égales. Le droit écrit n'était pas si rigoureux, mais il s'opposait à ce que la *légitime*, que nous étudierons plus loin, fût atteinte.

## § 5. — *Substitutions fidéicommissaires*

La substitution fidéicommissaire est une disposition contenue dans un testament ou dans un contrat, par laquelle on charge le gratifié (ou *grevé*) de conserver les biens qu'on lui transmet, et de les rendre à sa mort à un tiers qui lui est *substitué*, et à qui on donne le nom d'*appelé*. Celui-ci peut de son côté être chargé de conserver et de rendre à un autre, et ainsi de suite.

Ordinairement ces substitutions étaient faites de mâle en mâle par ordre de primogéniture. C'est ainsi que se formaient les *majorats*, au profit de l'aîné. Cette institution fut, pour ainsi dire, la clef de voûte de la noblesse française, Elle se développa surtout au XII[e] siècle, mais ses commencements remontent beaucoup plus haut. Au fond les substitutions, qui rendaient

le patrimoine inaliénable, furent une restauration partielle, au profit de la noblesse, de l'ancienne constitution de la famille.

La substitution résultait d'un testament ou d'un contrat. Elle portait surtout sur des immeubles. Les actes du *grevé* n'étaient pas opposables au substitué qui était censé recevoir directement du disposant. Le grevé ne pouvait aliéner les biens substitués ; il n'en avait que la possession et la jouissance. Quant à l'*appelé*, pendant la vie du grevé, il ne pouvait exercer que des actes conservatoires. Mais ses droits étaient sauvegardés par un inventaire des biens dressé au moment de l'entrée en jouissance du grevé.

Le grand défaut des substitutions venait de ce qu'étant *perpétuelles*, elles plaçaient beaucoup de biens hors du commerce, et de ce qu'étant *occultes*, elles induisaient les tiers en erreur en leur faisant prendre le grevé pour un propriétaire définitif. Aussi l'Ordonnance d'Orléans de 1560 limita les substitutions à deux degrés, et celle de Moulins en 1566 les rendit publiques. Mais ces textes furent mal observés, et c'est en vain que l'Ordonnance de 1747 essaya d'améliorer cette institution.

Le *droit révolutionnaire* abolit les substitutions, et le *Code civil* a fait de même dans son article 896.

## OUVRAGES A CONSULTER

(*Renonciation à succession future*) : *Viollet*. Histoire..., p. 888. — *Brissaud*. Manuel..., p.1608. — *Glasson*. Histoire..., III, 143. — *Bonnet*. Dispositions par contrat de mariage, 1874. —

(*Institution contractuelle*) : *Viollet*. Histoire..., p. 863. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1610. — *Glasson*. Histoire..., III, 1,76 ; VII, 5,23. — *Maury* (thèse), 1902.

(*Démission de biens*) : *Viollet*. Histoire..., p. 818. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1614. — *Glasson*. Histoire..., III, 174 ; VII, 511, 523. — *Bonnet*. Revue de Législation, 1874. — *Lyon-Caen* (thèse), 1866. — *Lalou* (thèse), 1900.

(*Partages d'ascendants*) : *Brissaud*. Manuel..., p. 1617 (et les ouvrages déjà cités).

(*Substitutions fidéicommissaires*) : *Viollet*. Histoire..., p. 879. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1618. — *Glasson*. Histoire...,VII, 466, 550. — *Villequez*. N. R. H., 1889, p. 782. — *Martin-Saint-Léon* (thèse), 1886. — *D'Espinay*. N. R. H.,1895, p. 136 ; 1896, p. 365. — *Maffert* (thèse), 1901. — *Sagnac*. Législation civile de la Révolution, p. 224.

# CHAPITRE VII

## RÉSERVE ET LÉGITIME

### § 1. — *La Réserve*

1° *En droit barbare.* — A l'origine le patrimoine familial était inaliénable ; mais peu à peu, avec le temps, le père, qui vivait en communauté avec ses enfants, put partager ses biens indivis avec ces derniers, et garder ainsi le droit de disposer librement de son lot, qui lui était revenu à la suite du partage. Parfois même on permit au père de disposer librement, avant tout partage, d'une partie du patrimoine qu'il gérait. Cette partie équivalait, soit à une part d'enfant, soit à une quotité fixe. Le père pouvait ainsi faire des libéralités à l'Eglise ou à des tiers (son conjoint, ses enfants).

2° *En droit féodal et en droit coutumier.* — C'est à la suite de cette évolution dans le droit barbare, qu'apparut la *réserve coutumière.* Cette institution, véritable survivance de la

copropriété familiale, était pour les aliénations à titre gratuit ce qu'était le retrait lignager pour les aliénations à titre onéreux. La réserve coutumière s'appliquait seulement aux *propres*, et elle permettait aux parents du lignage de les conserver, jusqu'à concurrence d'une certaine quotité, lorsqu'il en avait été disposé par *testament seulement*, et non par donation entre-vifs. Le taux de la quotité de la succession *ab intestat réservée* aux héritiers était habituellement des *quatre-quints* ou quatre cinquièmes des propres. On ne pouvait donc léguer que le *quint*. Les héritiers aux propres avaient seuls droit à la réserve, et pour savoir si celle-ci était entamée, il fallait se placer au décès du disposant.

## § 2. — *La Légitime*

1° *Ses origines et son mode d'application.* — Cette institution fut empruntée à la *quarta legitimæ partis* du droit romain par le *droit écrit*. Elle n'apparut dans le *droit coutumier* qu'au XIIIe siècle, mais seulement dans les cas où le défunt n'ayant que peu ou pas de propres, la réserve était presque nulle. Tandis que la réserve était destinée à conserver les biens dans

les familles, la légitime s'expliquait par le devoir d'assistance entre proches ; elle se rattachait à l'obligation alimentaire. A partir du XIVe siècle, la quotité de la légitime fut de la moitié des meubles et des conquêts. La réduction portait aussi bien *sur les donations que sur les legs*, lorsque la légitime était entamée. Enfin c'était seulement en cas d'insuffisance de la réserve que le droit à la légitime s'ouvrait.

2° *A quel titre on recueillait la légitime.* — A. — *Dans les pays de droit écrit*, la légitime était considérée comme une partie des biens, mais non comme une partie de la succession. Le légitimaire était considéré surtout comme un *créancier*, et non comme un héritier. Ainsi il n'avait pas besoin d'accepter la succession pour agir en réduction des dons et legs.

B. — *Dans les pays de Coutumes*, au contraire, le légitimaire était un *héritier*. En effet ici la légitime, comme la réserve, se confondait avec la succession. On n'y avait droit que si l'on se portait héritier et on en était saisi de plein droit. Cependant toutes les conséquences de ce système ne furent pas appliquées. Ainsi le légitimaire n'avait pas à contribuer aux dettes héréditaires sur les biens provenant de la réduction.

§ 3. — *Ce que sont devenues la Réserve et la Légitime dans le Droit Révolutionnaire et dans le Code civil.*

La Révolution restreignit, le plus qu'elle pût, le testament, dont elle craignait les effets pour le nouveau régime. Ainsi les *lois des 5 brumaire et 17 nivôse an II* ne permirent de disposer par donation ou legs que du dixième des biens, si le défunt avait des héritiers en ligne directe, et du sixième, s'il avait des collatéraux. Enfin cette quotité ne pouvait être attribuée à un des héritiers à titre de donation par préciput.

Mais une réaction se produisit contre cette rigueur, et la *loi du 4 germinal an VIII* permit de donner ou de léguer le quart des biens, s'il y avait moins de quatre enfants, le cinquième, s'il y en avait quatre, et ainsi de suite. Enfin elle autorisait les donations préciputaires au profit des successibles.

Le *Code civil* (art. 913 et suiv.) reprit ces règles en les simplifiant, et créa la Réserve, qui est la partie indisponible du patrimoine, et qu'il considère comme une part de la succession *ab intestat*. Il en résulte qu'il faut être héritier pour y avoir droit.

### Ouvrages a consulter

(*La Réserve*) : *Viollet.* Histoire..., p. 986. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1625. — *Glasson.* Histoire..., III, 193 ; VII, 471. — *Deneus.* Réserve héréditaire, 1894. — *Albert.* Liberté de tester, 1895. — *Vallier* (thèse), 1900. — *Beauchet.* N. R. H., 1900, p. 601. — *Guilhiermoz.* Origines de la noblesse, p. 200. — *Maffert.* Apanages, 1900.

(*La Légitime*) : *Viollet.* Histoire..., p. 986. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1633. — *Tardif.* Droit privé au XIII[e] siècle, p. 68. — *Gény* (thèse). — *Ginouilhac.* Sur la nature de la légitime d'après Dumoulin, 1844. — *Boissonade.* Histoire de la réserve héréditaire, 1873.

(*Révolution et droit civil*) : *Sagnac.* Législation civile..., p. 213 et 350. — *Aron.* N. R. H., 1901, p. 606. — *Meutha.* Le droit de tester, 1891.

# LIVRE IV

## LES OBLIGATIONS

## CHAPITRE PREMIER

### NOTIONS GÉNÉRALES

A la différence de ce qui existe dans le droit moderne, les obligations, surtout les *obligations conventionnelles*, *étaient rares* dans l'ancien droit. Cette rareté tenait d'abord à ce que la Coutume réglait à l'avance et d'une façon invariable les relations sociales. Elle résultait aussi de l'état économique encore rudimentaire de l'ancienne société dans laquelle les transactions, et par suite les contrats, étaient peu fréquents.

Dans le très ancien droit toutes les obligations étaient des *obligations délictuelles*, même celles qui ne venaient pas d'un véritable délit; tandis que, dans le droit moderne, les obligations se résolvent toujours en dommages-intérêts. De plus tous les contrats devaient être accompagnés de *solennités* qui s'expliquent par

l'état mental des anciennes populations, alors qu'actuellement les obligations se forment par le seul consentement. Enfin l'obligation avait alors un caractère *personnel*, c'est-à-dire que c'était surtout la personne du débiteur et non ses biens qui répondaient de l'exécution de l'obligation. Au contraire, dans le droit moderne, l'obligation est devenue patrimoniale et héréditaire ; l'exécution n'a lieu actuellement que sur les biens du débiteur.

### Ouvrages a consulter

(*Notions générales*) : *Sumner-Maine*. L'Ancien Droit (trad. fr.), 1874. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1357. — *Dareste*, p. 27 et 29.

# CHAPITRE II

## LES DÉLITS DANS LE TRÈS ANCIEN DROIT

### § 1. — *Origines et évolution générale des délits dans le très ancien droit*

A une époque où l'Etat existait à peine, on ne connaissait pas de *délits publics*. Seuls les *délits privés*, qui tombaient sous le pouvoir disciplinaire du chef de famille, étaient connus à l'origine. A ces délits privés correspondaient des *peines privées*. Ce qui fait que le droit pénal ne se distinguait pas du droit civil. A mesure que l'Etat se développa, le système changea et les peines publiques se substituèrent peu à peu aux peines privées, en passant par l'évolution suivante : vengeance privée ; compositions volontaires (c'est-à-dire, paiement volontaire d'une somme d'argent) ; compositions légales ; et enfin peines publiques infligées par l'Etat.

### § 2. — *Caractères du délit*

A l'origine, le point de départ du délit n'est qu'une sorte de mouvement réflexe contre le mal souffert. Aussi n'est-il jamais question d'intention, à propos du délit. On ne se préoccupe que du fait matériel ; l'imprudence, le cas fortuit, attirent la vengeance, comme le crime intentionnel. Par contre, la tentative et le délit manqué ne sont pas punis. Il en est de même des complices qui n'ont donné que des conseils.

Dans le droit plus récent, on arriva peu à peu à tenir compte de *l'intention*, autant que du fait matériel. On punit alors le meurtre manqué et la simple tentative, et les complices eux-mêmes furent soumis à la vengeance privée.

### § 3.—*Responsabilité à raison du fait d'autrui (Dommages causés par les animaux ou les choses inanimées*

A l'origine le père de famille répondait de tous les délits et dommages commis par tous les êtres animés qui étaient sous sa dépendance, et par toutes les choses inanimées qui étaient

en sa possession. Pour se décharger de cette responsabilité, le père de famille ou le maître n'avait qu'à livrer le coupable à la victime ou à ses parents, afin que ces derniers pussent en tirer vengeance. C'est là qu'il faut chercher l'origine de ces procès aux animaux si curieux et si fréquents au moyen âge. Si le maître ou le père de famille ne faisait pas cet abandon du coupable, il devait payer, à titre de composition, une certaine somme d'argent à la victime ou à ses parents. Avec le temps, on arriva à défendre au maître de faire l'abandon du coupable, et on l'obligea à payer dans tous les cas une réparation pécuniaire.

### § 4. — *La composition pécuniaire*

A l'origine la composition pécuniaire était une somme d'argent qui servait à racheter la vengeance. Elle comprenait à la fois des dommages-intérêts et une peine.

Le taux de la composition qui, dans les premiers temps, était fixé par les parties, fut plus tard arrêté par l'usage.

### § 5. — *Solidarité familiale*

En cas de délit, les parents de la victime col-

laboraient à la vengeance, et, par suite, avaient droit à une part de la composition pécuniaire. A l'inverse, les parents du coupable étaient aussi soumis à la vengeance de la victime et de ses parents, et devaient collaborer au paiement de la composition. Les parents du coupable pouvaient échapper à cette responsabilité en rompant, à la suite de certaines cérémonies, le lien de parenté qui les unissait à celui-ci. Quand l'Etat fut bien établi, la responsabilité, de familiale devint purement individuelle.

### § 6. — *Des dommages-intérêts*

Même lorsque l'Etat fut constitué, le paiement de la composition fut appliqué aux peines publiques. En outre la poursuite fut abandonnée à l'initiative privée. C'est ce que l'on appelle la *procédure accusatoire* qui était dirigée par le particulier lui-même, au lieu de l'être, comme aujourd'hui, par un fonctionnaire de l'Etat, le ministère public. Enfin la victime du délit reçut une indemnité en rapport avec le dommage qu'elle avait subi ; elle avait de ce chef une *créance ex delicto* qui se distinguait du *droit de punir*, lequel appartenait à l'Etat.

## § 7. — *Enumération des délits*

1° Délits contre les personnes (meurtre, coups);

2° Délits contre la propriété (vol flagrant, et vol non flagrant, moins puni que le précédent; incendie.)

3° Délits contre les mœurs (adultère, qui est au fond un délit contre la propriété);

4° Injures;

5° Sorcellerie, magie, etc.

6° Délits contre l'Etat (haute trahison).

### Ouvrages a consulter

*(Les délits dans le très ancien droit)* : *Du Boys*. Histoire du droit criminel, 1865. — *Thonissen*. L'organisation judiciaire de la loi Salique, 1881. — *Esmein*. Histoire de la procédure criminelle, 1882. — *Tardif*. Procédure civile et criminelle, 1885. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1360. — *Glasson*. Bulletin du Comité des travaux historiques, 1892. — *Thévenin*. N. R. H., 1880, p. 88.

# CHAPITRE III

## LES CONTRATS

### § 1. — *Les contrats à l'époque franque.*

1° *Absence de contrats se formant par le simple consentement.* — On ne connaissait pas en droit germanique et en droit franc les contrats purement consensuels. Il n'y avait alors que des *contrats réels*, c'est-à-dire des contrats au comptant qui s'appuient toujours sur un élément matériel, comme la remise de la chose, objet du contrat, et des *contrats formels*, c'est-à-dire des contrats qui n'emportent pas d'exécution immédiate, et dans lesquels l'élément matériel a été remplacé par une formalité qui frappe les yeux. Le droit germanique était, en effet, très formaliste, aussi bien dans la théorie des contrats que dans celle du transfert de la propriété.

2° *Les contrats réels.* — *Le prêt* était un de

ces contrats. Celui qui avait reçu une chose en prêt et qui ne la restituait pas, commettait un délit qui donnait lieu au paiement d'une composition. Il en était de même pour le *dépôt*, le *prêt à usage* et le *prêt de consommation*. Du reste le prêteur pouvait réclamer sa chose quand il voulait ; lui seul fixait l'échéance. De cette idée de délit, la notion de contrat réel ne se dégagea que très lentement et avec peine.

Quant à la *vente*, elle n'eut lieu d'abord qu'au comptant ; elle n'était alors qu'un simple troc. Plus tard, quand elle n'avait pas lieu au comptant, il semble que l'exécution du contrat par une des parties donnait naissance à une obligation pour l'autre partie.

3° *Le contrat formel. — La Fides facta.* — A. — *Procédure d'exécution de la Fides facta.* — Le contrat formel se présentait dans la loi Salique, sous le nom de *fides facta*. Il consistait dans une promesse unilatérale dont l'exécution était assurée par une procédure très formaliste qui se déroulait devant l'assemblée du peuple, et qui aboutissait à la condamnation à une série d'amendes du débiteur, qui refusait de payer. Si malgré ces amendes, le débiteur persistait dans son refus, le créancier saisissait lui-même les meubles de ce débiteur ou les faisait saisir par le juge.

B. — *Formes de la fides facta.* — *La fides facta* apparut d'abord, en *matière judiciaire*, sous la forme de promesse, soit de payer la composition due à la suite d'un jugement, soit de fournir une preuve, de comparaître en justice ou d'y faire comparaître quelqu'un. La *fides facta extrajudiciaire* naquit de la précédente, et c'est ainsi que la *fides facta* devint un mode de s'obliger général, applicable à toutes les conventions.

C. — *Comment se conclut la fides facta.* — *a)* Elle se conclut d'abord *cum festuca* (c'est-à-dire, avec le bâton, l'épieu ou la lance). Le jet de la *festuca*, avec accompagnement de paroles sacramentelles, devant l'assemblée du peuple, symbolise l'abandon d'un droit, et par suite, le transfert de la propriété. On arriva bientôt à faire de cette cérémonie un mode solennel de s'engager.

*b)* La *fides facta* se conclut aussi par le *wadium*, c'est-à-dire par un *gage réel* que le débiteur remet au créancier. Le débiteur ne peut le reprendre qu'après avoir payé sa dette.

D. — *Du formalisme de la fides facta et de ses conséquences.* — Le formalisme de ce contrat faisait que la volonté des parties n'avait d'existence légale que dans la mesure où elle était exprimée par des actes et des paroles. Elle s'in-

carnait dans son expression matérielle, et on n'avait nullement à se préoccuper de l'intention. Peu à peu on se départit de ce formalisme rigoureux et on fit une place à l'intention dans la formation des contrats ; ainsi on considéra le dol comme une cause de nullité.

4° *Formation des contrats par l'écriture.* — L'usage des actes écrits fut emprunté au droit romain. Mais, tandis qu'à Rome l'écrit n'était qu'un simple moyen de preuve du contrat, le droit barbare fit de l'écrit le contrat lui-même. C'est ainsi qu'on arriva, dans cette législation, à s'obliger par la remise de l'acte écrit au créancier. Cette remise de l'écrit ou *traditio cartæ* devint un acte formaliste. Enfin le gage fut remplacé dans l'acte écrit par des *clauses pénales*.

### § 2. — *Les contrats à l'époque féodale.*

Sous l'influence du droit romain et des idées religieuses, et grâce au pouvoir grandissant de l'Etat, le mécanisme des contrats devint de plus en plus souple, surtout à partir du XIIIe siècle.

1° *Contrats re.* — Pendant longtemps encore au XIIIe siècle, bien des contrats, comme la vente, le louage, le prêt, furent considérés comme des

*contrats re*, c'est-à-dire comme des contrats qui ne pouvaient être parfaits que par la prestation ou la remise d'une chose.

Souvent les contrats re se concluaient par la dation *d'arrhes*. Les arrhes consistaient dans une somme d'argent ou dans un objet qu'une des parties (ainsi l'acheteur ou le locataire) donnait à l'autre, lors de la conclusion du contrat. Au début les arrhes n'étaient qu'un moyen de dédit, une sorte de gage. Plus tard elles dégénérèrent en une pure formalité, nécessaire cependant pour former le contrat. Quelquefois les arrhes s'imputaient sur le prix ; d'autres fois on les destinait, soit à un usage pieux, et elles portaient alors le nom de *denier à Dieu*, soit à boire du vin ensemble, et dans ce cas on les dénommait *vin du marché*.

2° *Contrats formels*. — A l'époque féodale, la *Paumée* et le *Serment* se substituèrent à la Festuca et au Wadium de l'époque franque, et le contrat formel se transforma.

A. — *La Paumée ou Fiance*. — La Paumée ou poignée de main, qui existe encore dans le peuple pour marquer la conclusion d'un marché, s'appliquait à la vente et à d'autres contrats. Cette pratique a ses origines dans la mise de la main dans la main, formalité par laquelle on manifestait l'intention de se mettre sous la

dépendance d'une autre personne, et de devenir son gage. On vit bientôt dans cet acte une sorte de serment qu'on devait respecter fidèlement et auquel on donna le nom de *Fiance*.

B. — *Le serment promissoire.* — Ce serment fut organisé par le droit canon. Pour être valable, le serment promissoire devait comprendre :

a) *Le prononcé d'une formule*, dans laquelle on prenait Dieu à témoin ;

b) *Un geste particulier*, ordinairement la main droite étendue sur les Evangiles ou sur des reliques.

Ainsi prononcé le serment donnait naissance à une obligation envers Dieu et à une obligation accessoire envers le créancier, dont ce dernier pouvait poursuivre l'exécution devant les Cours d'Eglise. Le serment était annulé par le dol, mais non par la violence. Quant à l'erreur, il y avait doute. Enfin lorsque le serment mettait en péril le salut de l'âme, il n'était pas obligatoire.

Les juges séculiers empiétèrent rapidement sur la compétence des tribunaux ecclésiastiques en matière de serment. Il devint même d'usage que le roi pouvait relever du serment, ce qui finit par enlever toute utilité au serment promissoire.

### § 3. — *Les contrats à l'époque monarchique*

1° *Origines et évolution des contrats purement consensuels.* — L'origine de ces contrats se trouve dans le droit canon qui considérait comme un péché, puni de peines ecclésiastiques, le fait de ne pas tenir sa promesse. Le droit canon donna même une action devant les Cours d'Eglise pour faire exécuter la promesse donnée. Sous l'influence de ces règles canoniques, peu à peu, d'abord dans la pratique commerciale, puis dans la pratique civile, comme l'on s'était habitué à accompagner toute convention d'un serment, on s'accoutuma à respecter la parole donnée. Aussi à la fin du xv[e] siècle, on peut dire que la règle, d'après laquelle le *seul consentement oblige*, est définitivement établie. En revanche, à partir de ce moment, on se montra plus sévère pour la preuve du contrat, et on exigea plus rigoureusement la rédaction d'un écrit.

2° *Des contrats par lettres. — De la preuve littérale et de la preuve testimoniale.* — Déjà, au moyen âge, on constatait souvent les contrats par un écrit. Mais on pouvait aussi *contracter par lettres scellées*, soit du sceau du seigneur ou des baillis royaux, soit du sceau de l'officialité,

soit même du sceau privé d'un gentilhomme. Grâce à l'apposition du sceau, l'acte devenait authentique et avait la force obligatoire.

Quand on admit que les contrats pouvaient se former par le simple consentement, les lettres devinrent de simples moyens de preuve. Mais parmi les lettres, on distingua les *écritures publiques* émanées des notaires seigneuriaux ou royaux, lesquelles conféraient à l'acte l'authenticité, la force exécutoire et l'hypothèque, et les *écritures privées*, dont la force probante ne résultait que d'un aveu en justice du signataire, ou d'une vérification d'écriture.

Quant au *témoignage oral*, son importance diminua de plus en plus, à mesure que grandissait celle de la preuve littérale. Aussi l'Ordonnance de Moulins de 1566 obligea à passer contrat de toutes choses dépassant la valeur de cent livres. L'adage : « Témoins passent lettres », fit alors place à l'adage : « Lettres passent témoins ».

### Ouvrages a consulter

(*Contrats à l'époque franque*) : *Viollet*. Histoire..., p. 589. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1377. — *Glasson*. Histoire..., III, 223. — *Esmein*. Etude sur les contrats dans le très ancien droit français, 1883. — *Stouff*. N. R. H., 1887. — *Wodon*. La forme et la garantie dans les contrats francs, 1893.

— *Dareste*. Etudes, 1889. — *Thévenin*. N. R. H. 1880, p. 77. — *Esmein*. N. R. H., 1886, 1.

(*Contrats à l'époque féodale*) : *Glasson*. Histoire..., VII, 588. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1396. — *Esmein*. Etude sur les contrats..., p. 21. — *Dareste*. Etudes, 1889, p. 104. — *Esmein*. N. R. H., 1888, p. 248 et 311.

(*Contrats à l'époque monarchique*) : *Beaune*. L'Eglise et les contrats consensuels, 1888. — *Glasson*. Histoire..., VII, 594. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1406. — *Esmein*. Etude sur les contrats..., p. 43, 46, 210. — *Fournier*. Officialités, p. 46. — *Tardif*. Procédure aux XIII^e^ et XIV^e^ siècles, p. 108. — *Guilhermoz*. Enquêtes et procès, 1892.

## CHAPITRE IV

### THÉORIE DES NULLITÉS DES CONTRATS

La question de la nullité des contrats ne se posait dans le très ancien droit que si les formes n'avaient pas été observées. Au contraire, dans le droit plus récent, la nullité des contrats était en jeu, surtout lorsque les conditions de fond étaient violées. C'est que dans les contrats consensuels qui se développèrent à cette époque, les conditions de fond primaient tout et donnaient une grande importance à la théorie des nullités.

### § 1. — *Origine de la théorie des nullités*

La théorie des nullités du droit romain fut reprise par le droit canonique qui distingua les nullités *ipso jure* ou *nullités absolues*, et les nullités *exceptionis ope* ou *nullités relatives*.

Le droit coutumier reprit cette théorie, et, dès le XIII[e] siècle on commença à entrevoir

dans la législation civile, mais encore confusément, la distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives.

### § 2. — *Nullité et rescision*

Jusqu'à la fin du XIV^e^ siècle, le juge prononçait d'office toutes les nullités. A partir du XV^e^ siècle, les nullités créées par les Coutumes et les Ordonnances étaient seules *appliquées de plano* par les tribunaux. Quant à celles qui venaient du droit romain, elles n'étaient valables qu'en vertu de *lettres royales de rescision*. Il est probable que cet usage vint d'abord de ce que la permission du roi pouvait seule donner force exécutoire en France aux dispositions du droit romain, et aussi de ce que ces lettres, octroyées moyennant finances, rapportaient de l'argent au fisc. La loi du 7 septembre 1790 abolit les lettres de rescision.

Il y avait lieu à *rescision*, en cas de vices du consentement (violence, dol, lésion subie par un mineur, violation par les femmes du sénatus-consulte Velléien, et par les fils de famille, en pays de droit écrit, du sénatus-consulte Macédonien). L'intéressé seul pouvait faire rescinder

le contrat, mais il devait auparavant justifier d'une lésion.

*La nullité absolue* résultait de l'absence de consentement, du caractère illicite ou immoral de l'objet ou de la cause du contrat, ou du défaut d'objet ou de cause. La question du défaut de cause donna lieu dans l'ancien droit à bien des controverses qui ont abouti à l'obscur article 1132 du Code civil.

*La nullité relative* s'appliquait aux contrats passés par les femmes mariées non autorisées ou par les prodigues interdits.

### Ouvrages a consulter

(*Nullités des contrats*) : *Viollet*. Histoire..., p. 589. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1411. — *Glasson*. Histoire..., VII, p. 599. — *Mortet* (thèse), 1878.

# CHAPITRE V

## LE CONTRAT DE VENTE

### § 1. — *Formation de la vente*

La vente, lorsqu'elle fut devenue un contrat consensuel, se forma suivant les règles du droit romain. Néanmoins, à la différence du droit romain, l'ancien droit français déclara illicite la *vente de la chose d'autrui*. Quant aux *promesses de vente*, elles donnèrent lieu à de grandes controverses. La théorie qui triompha fut celle de Dumoulin, en vertu de laquelle la promesse de vente valait vente, du moment que tous les éléments du contrat se trouvaient réunis.

### § 2. — *Effets de la vente*

Le *vendeur* devait à l'acheteur la délivrance de la chose, et la garantie pour les vices cachés et pour l'éviction.

L'*acheteur* devait de son côté payer le prix au vendeur. Le vendeur non payé avait un privilège sur les immeubles et sur les meubles encore en la possession de l'acheteur, et il pouvait même, en cas de vente au comptant, revendiquer ces meubles dans un certain délai, si le débiteur les avait aliénés.

### § 3. — *De la résolution de la vente et des contrats synallagmatiques en général*

Sur ce point notre ancien droit s'inspira des règles du droit romain. C'est ainsi que dans la vente et dans tous les contrats synallagmatiques en général, (c'est-à dire dans tous les contrats qui engendrent des obligations réciproques à la charge de chaque partie), on arriva à permettre aux contractants de demander aux tribunaux la résolution du contrat, si l'un d'eux, par sa faute, n'exécutait pas son engagement. La propriété faisait alors retour de plein droit au vendeur. Mais on discuta beaucoup sur la question de savoir si les droits réels constitués par l'acheteur devaient, dans ce cas, être maintenus ou anéantis.

### Ouvrages a consulter

(*Le Contrat de vente*) : *Viollet.* Histoire..., p. 604. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1449. — *Glasson.* Histoire..., VII, 613. — *Garnier* (thèse), 1900. — *Naz.* Résolution de la vente, 1870. — *Gavet* (thèse), 1879.

# CHAPITRE VI

## LE PRÊT A INTÉRÊT

### § 1. — *Motifs de sa prohibition*

L'Eglise défendit le prêt à intérêt pour les motifs suivants : 1° Moïse avait défendu aux Hébreux le prêt à intérêt ; 2° L'esprit de fraternité du christianisme et de l'Evangile de St Luc (VI, 35 : *mutuum date nihil inde sperantes*) condamnait ce genre de contrat ; 3° A l'appui de ces arguments, les scholastiques firent valoir l'opinion d'Aristote qui disait que l'argent était naturellement stérile.

En fait l'état économique du moyen âge, qui rendait les placements très difficiles, et l'usure, qui faisait alors courir de grands dangers aux pauvres gens, favorisèrent beaucoup la prohibition du prêt à intérêt.

Appliquée d'abord aux seuls ecclésiastiques, cette prohibition ne tarda pas à être étendue

aux laïques, et elle fut consacrée par les Coutumes.

## § 2. — *Sanction de la prohibition*

L'intérêt, même le plus minime, était qualifié d'usure, et les théologiens poursuivaient celle-ci avec acharnement dans tous les contrats. Cependant, à partir du XVIe siècle, les juristes et la jurisprudence ne s'occupèrent plus que de *l'usure énorme* en matière de prêt.

La sanction de la prohibition était double : 1° *au civil*, le contrat était nul ; 2° au *point de vue pénal*, des peines canoniques étaient édictées contre les clercs, et l'excommunication était lancée contre les laïques. Enfin des peines diverses résultaient des Coutumes et des Ordonnances, comme celle de Blois de 1579.

A l'origine c'était les Cours d'Eglise qui jugeaient les usuriers ; mais au XVIe siècle les tribunaux séculiers leur enlevèrent complètement cette compétence.

## § 3. — *Réaction contre la prohibition*

Diverses causes firent fléchir la prohibition

du prêt à intérêt : 1° On commença d'abord par tourner la prohibition au moyen de l'association. Ainsi deux personnes s'associaient, l'une fournissant l'argent, l'autre son travail, et elles partageaient les bénéfices. C'est en s'appuyant sur le même principe, et en vue d'atteindre le même but, que l'on se servait de certaines institutions comme l'antichrèse, la vente à réméré, le change, la constitution de rentes, etc. ;

2° On permit, d'abord aux Juifs, et plus tard aux Lombards et aux Caorsins, de prêter à intérêt ;

3° On arriva peu à peu à tolérer l'intérêt dans certaines foires, ainsi qu'en matière maritime et commerciale. Mais dans tous ces cas le législateur limitait toujours le taux de l'intérêt.

4° L'Eglise et l'Etat permirent qu'on tournât la prohibition du prêt à intérêt, au moyen de la constitution de rente ;

5° Les intérêts compensatoires, dus pour le dommage causé, étant reconnus légitimes, on étendit leur application et on finit par les substituer aux autres intérêts ;

6° Enfin au XVIII^e siècle, grâce aux philosophes, la cause de la légitimité du prêt à intérêt est gagnée. Celle-ci fut proclamée par la loi du 2 octobre 1789. Le taux de l'intérêt

resta libre jusqu'à la loi du 3 septembre 1807 qui le fixa à 5 0/0.

### Ouvrages a consulter

(*Le prêt à intérêt*) *Viollet*: Histoire..., p. 681.— *Brissaud*. Manuel..., p. 1422. — *Glasson*. Histoire..., VI, 689 ; VII, 606. — *Champeaux*. Grande Encyclopédie, V° Prêt. — *Theureau*. N. R. H. 1893, p. 708. — *Reinach*. N. R. H, 1894, p. 125. — *Brants*. Théories économiques au XIII[e] et au XIV[e] siècles, 1895. — *Ashley*. Histoire des doctrines économiques de l'Angleterre (trad. fr.), I, 186; II, 451.

# CHAPITRE VII

## LA CONSTITUTION DE RENTE

### § 1. — *Origines*

Au début les rentes étaient simplement un mode d'exploitation des terres. Ce n'est que plus tard qu'on se servit de cette institution pour tourner la prohibition du prêt à intérêt. On concéda d'abord des terres à charge de cens ou d'une part de fruits. Puis la rente, perdant tout caractère féodal, s'appliqua aux maisons des villes, et elle se rapprocha de plus en plus du prêt à intérêt.

### § 2. — *Les rentes foncières*

Elles s'établissaient au moyen de l'aliénation d'un héritage. Le vendeur retenait sur le fonds vendu un droit réel, immobilier et irrachetable. L'acquéreur devait payer la rente, mais il

pouvait se soustraire à cette charge en déguerpissant. La loi du 11 août 1789 déclara les rentes foncières rachetables. Aujourd'hui, en vertu de l'article 530 du Code civil, le vendeur d'une terre moyennant une rente n'a plus qu'un droit personnel, mobilier et rachetable ; mais l'acquéreur ne peut déguerpir.

### § 3. — *Les Rentes constituées*

Ces rentes s'établissaient de la façon suivante : une personne cédait une somme d'argent à une autre, moyennant que celle-ci lui payât ou lui *constituât* une rente perpétuelle ou viagère. C'était une sorte de prêt à intérêt dans lequel le créancier n'avait pas le droit d'exiger le capital de la part du débiteur. Mais ce dernier pouvait rembourser ce capital quand il voulait. Le créancier avait la faculté de céder sa rente à prix d'argent à un tiers.

Les canonistes ayant déclaré légitimes les rentes constituées, celles-ci prirent un grand développement et servirent à remplacer le prêt à intérêt. Ces rentes furent classées parmi les immeubles. Mais le Droit Révolutionnaire les rendit absolument mobilières.

## § 4. — *Les Rentes viagères*

C'étaient des rentes constituées, grâce auxquelles une personne s'engageait à loger et à entretenir une autre personne, jusqu'à sa mort, moyennant que celle-ci lui cédât un domaine ou une terre.

### Ouvrages a consulter

*(Constitution de rente)* : *Viollet*. Histoire..., p. 674. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1429. — *Glasson*. Histoire..., VII, 321. — *Champeaux*. Grande Encyclopédie. V° Rente. — *Buche*. N. R. H., 1884, p. 76. — *Sagnac*. Législation civile..., p. 107, 147, 336. — *Lalou* (Thèse), 1900.

# CHAPITRE VIII

## LA CESSION DE CRÉANCES

### § 1. — *Incessibilité des créances à l'origine*

Dans le très ancien droit les créances étaient incessibles. En effet, à cette époque, les rapports entre créancier et débiteur étaient des rapports trop personnels, et les mesures d'exécution contre le débiteur étaient trop rigoureuses, pour qu'on pût concevoir une cession de créance. On suppléait à cette incessibilité : 1° par la *novation par changement de créancier*, effectuée avec la volonté du débiteur ; 2° par le *mandat ad litem*, grâce auquel le créancier pouvait donner mandat à un tiers de réclamer en justice le paiement de la dette ; 3° par *l'engagement simultané* du débiteur envers le créancier et envers un tiers.

### § 2. — *Comment s'opéra plus tard la cession de créances*

Grâce à la disparition du formalisme, et à la

rigueur moins grande des voies d'exécution, on arriva à opérer directement la cession de créances. Mais celle-ci n'était valable que si elle était signifiée au débiteur ou acceptée par lui.

### § 3. — *Le paiement avec subrogation*

Cette institution, empruntée au droit romain, supposait qu'un tiers payait à l'échéance les dettes d'autrui ; il avait alors le droit de se servir des hypothèques et autres droits du créancier, pour se faire rembourser. La subrogation est actuellement réglementée par l'article 1251 du Code civil.

### § 4. — *Les titres au porteur et les titres à ordre*

Le *titre au porteur* contient la mention que le débiteur promet de payer, tantôt au créancier et au porteur, tantôt simplement au porteur. Nés en Italie, les titres au porteur passèrent en France au XIIIe siècle. Les jurisconsultes et la jurisprudence traitèrent le porteur comme un mandataire, et par suite considérèrent les titres au porteur comme des titres nominatifs ordinaires dont on aurait chargé un mandataire

de faire le recouvrement. Comme cette conception entraîna beaucoup d'inconvénients, on imagina les *titres en blanc ;* mais ces derniers furent défendus au XVIII^e siècle.

Au XIII^e siècle le *titre à ordre* portait en France la mention : « Je paierai à X... ou à son command ». Au XVII^e siècle on remplaça cette mention par la clause « ou à son ordre », empruntée à l'Italie, en même temps que la pratique de *l'endossement* et surtout des *endossements multiples.*

### § 5. — *La lettre de change*

La lettre de change est née des difficultés qu'il y avait à transporter de l'argent, à une époque de violences comme le moyen âge. Un marchand qui allait à une foire s'adressait à un banquier qui avait un correspondant dans le lieu où se tenait la foire. Il lui remettait une certaine somme, et le banquier écrivait une lettre à son correspondant pour l'inviter à payer au marchand une somme d'égale valeur. Cette lettre, qui est l'origine de la lettre de change, était remise au marchand qui la présentait au correspondant. La clause à ordre et les endossements multiples s'appliquèrent bientôt à la

**lettre de change et en firent une véritable monnaie entre commerçants.**

### Ouvrages a consulter

(*Cession de créances*) : *Brissaud.* Manuel..., p. 1434. — *Glasson.* Histoire..., VII, 625. — *Brunner.* N. R. H., 1886, 16. — *Beauregard* (thèse), 1876.

(*Titres au porteur et à ordre*): *Brissaud.* Manuel..., p. 1437. — *Wahl.* Titres au porteur, 1891. — *Debray* (thèse), 1892.

(*Lettre de change*): *Brissaud.* Manuel..., p. 1440. — *Des Marez.* Lettre de foire à Ypres au XIIIe siècle, 1901. — *Huvelin.* Annales de droit commercial, 1901, p. 1.

# CHAPITRE IX

## LE MANDAT ET LA THÉORIE DE LA REPRÉSENTATION

### § 1. — *Origines du mandat et de la théorie de la représentation*

Avec le formalisme primitif, l'intéressé pouvait seul accomplir les actes juridiques qui le concernaient. A cette époque, quand le chef de famille était absent ou malade, il faisait agir une des personnes qui étaient sous sa dépendance. A l'inverse le chef de famille concluait en son nom personnel tous les actes relatifs aux personnes qu'il avait sous sa puissance. Quelquefois, pour remplacer la représentation, on faisait accomplir l'acte juridique par un tiers en son nom personnel, sauf ensuite à obtenir de lui la transmission du bénéfice de cet acte.

Quant à la représentation elle-même, elle s'introduisit très lentement dans le droit coutumier, à mesure que disparaissait le formalisme.

On ne la trouve définitivement établie que vers le XIVe siècle.

### § 2. — *De la représentation en justice*

Dans le *droit barbare* le formalisme étroit de la procédure s'opposait à toute représentation en justice, sauf lorsqu'on plaidait à la Cour du roi, ou si l'on obtenait un privilège royal. Il en était de même dans *le droit coutumier*. Mais ici les privilèges accordés moyennant finances se multiplièrent en faveur de l'Eglise, des villes, des baillis et des tuteurs. Ces privilèges tombèrent eux-mêmes bientôt en désuétude ; le *droit écrit* ne les exigeait même pas. Enfin ils furent abolis expressément en 1484.

La représentation en justice exista alors, et on imposa même aux plaideurs le ministère des procureurs. Quant à la maxime célèbre « *Nul en France ne plaide par procureur, hors le roi* », elle naquit de la façon suivante : Les grands seigneurs avaient chacun auprès de la Cour du roi un procureur permanent qui les remplaçait. Ce procureur prit l'habitude de parler en son nom. Le Parlement défendit cet usage, et exigea que le nom du seigneur figurât

dans les procès, comme s'il se fût agi d'un simple particulier. Cette défense ne pouvait naturellement pas s'appliquer au Roi devant sa propre cour, ni à chaque seigneur devant sa cour à lui. Le Roi pouvait plaider par procureur devant sa Cour, et chaque seigneur avait le droit de faire de même devant la sienne.

A l'origine, le plaideur devait présenter son procureur au tribunal, au début du procès. Plus tard cette présentation fut remplacée par une procuration authentique.

### Ouvrages a consulter

(*Mandat et représentation*) : *Brissaud.* Manuel..., p. 1442. — *Glasson.* Histoire..., VII, 634. — *Lambert.* Contrats en faveur des tiers, 1893. — *Tardif.* Procédure au XIIIe siècle, p. 25. — *Percerou.* Nul ne plaide par procureur, 1900. — *Aubert*, Hist. du Parlement, I, p. 1 et p. 255 et 355.

# CHAPITRE X

## LES SOCIÉTÉS CIVILES ET COMMERCIALES

### § 1. — *Les Sociétés civiles*

Ce sont les communautés de familles qui ont servi de type à ces sociétés civiles (associations, communautés, compagnies). Un exemple de ces sociétés civiles se trouve dans les *Communautés taisibles*, composées de roturiers ou de serfs, et dont nous parle, d'abord Beaumanoir, et bien plus tard Guy Coquille au XVI[e] siècle. Il suffisait de vivre en commun pour que cette communauté existât ; les meubles et les acquêts tombaient dans la communauté, mais non les propres. Un chef nommé par les sociétaires administrait la communauté ; ses pouvoirs étaient assez grands, mais pour les actes importants, il devait consulter tous les associés. La communauté se dissolvait par le fait des associés de vivre à part. Ces communautés taisibles, mal vues par

la Coutume et par la jurisprudence, tombèrent en désuétude au XVII[e] siècle.

## § 2. — *Les Sociétés commerciales*

Il n'est pas bien certain que l'idée de la personnalité civile des sociétés commerciales se soit manifestée complètement dans l'ancien droit. Quoi qu'il en soit,on peut distinguer alors parmi ces sociétés ;

1° *Les sociétés en nom collectif*, dans lesquelles les associés sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales;

2° *Les sociétés en commandite*, dans lesquelles un capitaliste prête des fonds à un tiers qui les emploie à la réalisation du but fixé à la société. Ce tiers est seul connu, et le capitaliste n'est tenu que jusqu'à concurrence de son apport. Dans notre ancien droit on appelait aussi ces sociétés, *sociétés anonymes*, ou encore, *comptes en participation*.

3° *Les compagnies ou sociétés par actions*, dans lesquelles le capital se divise en actions, c'est-à-dire en parts cessibles, et dans lesquelles chaque associé n'est responsable que jusqu'à concurrence de son apport.

### Ouvrages a consulter

(*Sociétés civiles et commerciales*) : *Viollet*. Histoire..., p. 749, 751, 762, 766. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1454. — *Glasson*. Histoire..., VII, 639. — *Fagniez*. Documents relatifs à l'histoire de l'industrie et du commerce, tomes I et II. 1900. — *Bonassieux*. Les grandes compagnies de commerce, 1892,

# CHAPITRE XI

## VOIES D'EXÉCUTION DES OBLIGATIONS SUR LA PERSONNE ET SYSTÈME DES SÛRETÉS PERSONNELLES

### § 1. — *Exécution volontaire des obligations*

L'exécution volontaire des obligations avait lieu : 1° par *l'exécution directe* par le débiteur ; 2° par la *prescription extinctive ou libératoire*, inconnue dans le très ancien droit et empruntée plus tard au droit romain ; 3° par la *compensation*, empruntée également au droit romain ; 4° Enfin, à l'époque barbare, par un procédé formaliste analogue à celui qui avait servi à créer l'obligation, procédé qui a donné naissance à l'usage des *quittances*.

A l'origine le débiteur qui ne payait pas à l'échéance commettait un délit qui attirait sur lui la vengeance privée, l'esclavage pour dettes, etc. Plus tard il fut simplement tenu à

des *dommages-intérêts compensatoires*, et s'il était seulement en retard, il devait des *dommages-intérêts moratoires*.

## § 2. — *Exécution forcée des obligations sur la personne*

1° A l'*époque primitive*, le débiteur qui ne payait pas sa dette devenait la propriété du créancier. S'il y avait plusieurs créanciers, ils pouvaient même se partager son corps, comme cela se passait à Rome à l'origine.

2° *Intervention de la justice.* — Avec le temps on défendit au créancier de se faire ainsi justice à lui-même, sans avoir appelé plusieurs fois le débiteur insolvable devant le juge, afin que ce débiteur trouvât une caution. Si le débiteur ne se présentait pas devant le juge, il était mis hors la loi et ses biens étaient confisqués .S'il se présentait, mais ne trouvait pas de caution, il devenait l'esclave du créancier. A la fin de l'époque franque, on défendit au créancier de tuer ou de mutiler le débiteur en esclavage ; il avait seulement le droit de le faire travailler pour son compte ou de le tenir en chartre privée.

3° *Contrainte par corps.* — Peu à peu on substitua à la prison privée, la prison publique ;

ce fut la *contrainte par corps*. Au début le régime de la contrainte par corps était assez dur. Mais le créancier devait dans ce cas une provision alimentaire à son débiteur, et ce dernier était élargi quand il faisait cession de biens. A partir de saint Louis, la contrainte par corps ne fut autorisée que dans certains cas et sous certaines conditions. L'ordonnance de 1667 en exempta les clercs, les femmes et les septuagénaires. Le droit révolutionnaire abolit la contrainte par corps le 9 mars 1793, mais il la maintint contre les débiteurs de deniers publics. Rétablie sous le Directoire, la contrainte par corps a duré jusqu'en 1867.

4° *Cession de biens*. — Grâce à la cession de biens le débiteur malheureux et de bonne foi pouvait échapper à la prison en se dépouillant de tout ce qu'il possédait au profit de son créancier. La cession de biens, empruntée au droit romain, fut en usage dans le droit coutumier, dès la fin du XIII^e siècle. On finit par exiger que la cession eût lieu en justice, et, jusqu'au XVIII^e siècle, le débiteur qui avait ainsi abandonné ses biens était tenu de porter un bonnet vert. L'Ordonnance de 1673 obligea les marchands qui usaient de la cession de biens, à la rendre publique au moyen d'une lecture et d'une inscription sur un tableau. Enfin, dans

les derniers temps de l'ancien droit, on était arrivé à excepter de la cession un assez grand nombre de biens.

### § 3. — *Les sûretés personnelles. — Origines et évolution du cautionnement*

Le *cautionnement*, appelé aussi *plégerie* dans le droit féodal, avait à l'origine une grande importance, en raison même du caractère embryonnaire et défectueux de la procédure. Il s'appliquait à toutes sortes de contrats.

*1re Période.* — A l'origine, la caution était tout simplement un *otage* qui devenait l'esclave du créancier. En donnant caution le débiteur était libéré, et si la caution mourait, le droit du créancier était anéanti. Comme le créancier avait la charge assez onéreuse de nourrir l'otage, il se contentait parfois d'une simple promesse de lui de se tenir à sa disposition dans un endroit déterminé. Si l'otage n'exécutait pas sa promesse, on le mettait en prison.

*2e Période.* — La *Fidéjussion* ou *Plégerie* se substitua à *l'otage* à l'époque féodale. Avec la fidéjussion la responsabilité corporelle du garant passa au second plan. La caution ou garant ne jouissait ni du bénéfice de discussion, ni du

bénéfice de division, dont nous allons bientôt parler. La raison en était que la caution était responsable seulement vis-à-vis du créancier, tandis que le débiteur était responsable seulement vis-à-vis de la caution. Le créancier pouvait user contre la caution de la contrainte par corps et de la saisie privée, et la caution pouvait user des mêmes moyens contre le débiteur. Les cofidéjusseurs n'avaient aucun recours entre eux ; quand l'un payait, les autres étaient libérés. Enfin l'obligation de la caution ne passait pas à ses héritiers.

3e *Période.* — Avec les progrès de la législation et des mœurs, l'engagement de la caution devint purement accessoire. De plus, comme on ne s'attaqua désormais qu'aux biens de la caution, les héritiers de celle-ci furent tenus comme leur auteur. Enfin on vit apparaître le *bénéfice de discussion* qui oblige le créancier à poursuivre le débiteur avant la caution, ainsi que le *bénéfice de division* qui permet à la caution ou fidéjusseur qui a payé la dette, de poursuivre ses cofidéjusseurs au moyen des droits et actions du créancier.

### Ouvrages a consulter

(*Exécution volontaire des obligations*) : *Glasson*. Histoire..., VII, 691. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1460. — *Desjardins*. Compensation, 1864.

(*Exécution forcée sur la personne*) : *Esmein*. Mélanges...,p. 157.— *Brissaud*. Manuel..., p. 1466. — *Leviel de la Marsonnière*. Histoire de la Contrainte par corps, 1844. — *Glasson*. Histoire..., VI, 606 et 616.— *Viollet*. Etablissements de Saint-Louis, IV,p. 261. — *Robert*. Les signes d'infamie au moyen âge, 1880.

(*Les sûretés personnelles. — Cautionnement*) : *Brissaud*. Manuel..., p. 1473. — *Esmein*. Cours élémentaire d'histoire du droit français, p. 47, 73, 80, 107, 137. — *Cauwès*. Grande Encyclopédie, V° Cautionnement. —*Glasson*. Histoire..., III, 247 et VII, 647.

## CHAPITRE XII

### VOIES D'EXÉCUTION DES OBLIGATIONS SUR LES BIENS ET SYSTÈME DES SÛRETÉS RÉELLES

#### § 1. — *Notions générales*

On a vu qu'à l'origine le débiteur répondait sur son corps du paiement de sa dette. Mais il en répondait aussi sur ses meubles. Quant à ses immeubles, le créancier ne pouvait y toucher, car à cette époque ils appartenaient surtout à la famille. Peu à peu, grâce aux progrès de la civilisation, on n'admit plus que le créancier s'attaquât à la personne du débiteur. Seuls d'abord les meubles du débiteur, et plus tard aussi les immeubles, furent affectés au paiement de la dette.

Quand le débiteur avait plusieurs créanciers, chacun d'eux, à l'origine, pouvait poursuivre *individuellement* le remboursement de sa créance. Le premier poursuivant se faisait payer

au détriment des autres. Cette façon de procéder entraîna beaucoup d'abus. Aussi au XIIIe siècle, en cas de *déconfiture* du débiteur, on décida que le prix de ses biens se partagerait, à proportion du montant des créances, entre tous les créanciers chirographaires, comme s'ils avaient tous pratiqué la saisie en même temps. Enfin au XVIIe siècle, on emprunta aux Italiens l'institution de la *faillite*, dans laquelle le débiteur failli perd l'administration de ses biens, au profit de la masse des créanciers représentée par un syndic. Mais la faillite ne fut appliquée qu'aux commerçants.

### § 2. — *Voies d'exécution sur les Meubles. — Origines de la saisie mobilière*

Les meubles à l'origine répondaient seuls des dettes ; c'est seulement, à partir du XIVe siècle que les immeubles devinrent eux aussi saisissables.

1° *Le gage mobilier conventionnel.* — Dans le très ancien droit, le créancier, à qui le débiteur remettait un gage mobilier, devenait propriétaire de ce gage. Mais désormais il n'avait plus rien à réclamer au débiteur ; il était payé d'avance.

Avec le temps on admit que la remise du gage au créancier ne libérait pas le débiteur. On revint ainsi aux règles romaines, d'après lesquelles le créancier avait le droit de retenir le gage, tant qu'il n'était pas payé, et celui de le faire vendre, à défaut de paiement à l'échéance.

2° *La saisie privée des meubles ou Pigneratio.* — Par la saisie privée, le créancier, dans le *très ancien droit,* se rendait justice à lui-même, sans avoir besoin de demander l'autorisation au juge. Il fallait seulement une sommation préalable et la présence de témoins. A l'*époque franque,* on exigea la permission du juge. Le créancier devenait propriétaire des meubles ainsi saisis.

Cette saisie privée se maintint jusqu'à *l'époque monarchique,* mais avec quelques modifications. Ainsi on défendit de saisir les objets indispensables à la vie du débiteur, et de pratiquer la saisie dans certains lieux. La saisie privée persista surtout dans la *saisie-gagerie* du bailleur à cens ou à rente sur les meubles du preneur, dans la *saisie de l'hôtelier* sur les meubles du voyageur, et dans la *saisie du bétail* qui causait des dommages.

3° *Le gage judiciaire.* — Dans le *droit germanique et dans le droit franc*, nous trouvons déjà

la saisie judiciaire. La loi Salique, par exemple, consacrait un article à cette institution. Par la saisie judiciaire, le créancier devenait propriétaire des meubles saisis.

Dans le *droit coutumier,* on exigea que la saisie eût lieu en vertu d'un titre exécutoire, et qu'elle fût précédée d'un commandement au débiteur ; enfin elle fut faite désormais par un huissier ou un sergent. L'Ordonnance de 1667 appliqua ces règles à la saisie de tous les meubles ; elle exigea aussi que la vente des meubles saisis eût lieu huit jours après la signification de la saisie au débiteur. Lorsque plusieurs créanciers avaient intenté les poursuites en même temps, le prix était distribué *par voie de contribution* entre ces créanciers ; si, au contraire, un seul créancier avait agi, il était payé avant les autres, en vertu *du privilège du premier saisissant.* Les frais de justice étaient aussi payés par privilège.

### § 3. — *Voies d'exécution sur les immeubles. Origines de la saisie immobilière*

1° *Origines de la saisie immobilière.* — Cette saisie, inconnue dans le très ancien droit, vint d'abord de ce que souvent le débiteur, pour

échapper aux rigueurs de l'exécution sur la personne, donnait en gage ses immeubles, facilitant ainsi la transition à la saisie immobilière. Elle vint aussi de la confiscation des immeubles qui résultait de la procédure par défaut. On commença par réserver aux créanciers du défaillant une partie des immeubles confisqués, puis on leur permit de prendre le tout.

Bien que la saisie des immeubles existât dans la période féodale, le très ancien droit coutumier maintint encore, dans une certaine mesure, le principe de l'insaisissabilité des immeubles. On en trouve la preuve dans ce fait qu'on était obligé d'user de moyens de contrainte pour forcer le débiteur à laisser saisir ses immeubles. Parmi ces moyens de contrainte, on peut citer surtout l'usage des *garnisaires*.

2° *Procédure de la saisie immobilière.* — L'ordonnance ou *Edit des Criées* de 1551 établit une procédure très formaliste et très coûteuse pour la saisie immobilière. Voici quelle était la marche générale de cette procédure :

A. — Il fallait d'abord un *titre exécutoire*, c'est-à-dire un jugement ou un acte notarié, que les praticiens assimilèrent à un jugement. A l'époque monarchique les actes notariés furent exécutoires par eux-mêmes dans tout le royaume. Quant aux jugements, ils ne pouvaient s'exé-

cuter en dehors du ressort du tribunal qui les avait rendus, sans la permission du juge local, ou bien sans *lettres de pareatis* délivrées par le grand sceau ou par les chancelleries des Parlements. Enfin, en vertu de la règle « le mort exécute le vif, et non le vif le mort », le titre exécutoire obtenu par le créancier pouvait être utilisé par ses héritiers, tandis que le titre exécutoire émis contre le débiteur restait sans effets contre ses héritiers ; il fallait en prendre un nouveau.

B. — Le créancier, muni du titre exécutoire, faisait adresser au débiteur, par huissier, un *commandement* de payer la somme due. Faute de payer cette somme, l'huissier apposait sur l'immeuble des brandons ou des panonceaux aux armes du roi, établissait des commissaires, et publiait la saisie par voie d'affiches devant la porte de l'église ; puis il dressait procès-verbal du tout. Dès lors le débiteur était complètement dessaisi de ses biens.

C. — Des *criées* étaient ensuite faites, à l'issue de la messe paroissiale, pour annoncer la vente par adjudication de l'immeuble saisi, et pour permettre aux créanciers de faire valoir leurs *oppositions*. Le tribunal statuait sur la validité des oppositions ; puis le saisissant mettait une *enchère* au greffe. Dans les quarante jours toute

personne pouvait faire d'autres enchères. On les lisait à l'audience, après trois remises de quinzaine en quinzaine, et alors avait lieu l'*adjudication définitive par décret*. Ce décret rendait l'adjudicataire propriétaire et purgeait les droits réels qui pouvaient se trouver sur l'immeuble. Enfin un *ordre* était ouvert, dans lequel figuraient tous les créanciers privilégiés, hypothécaires ou chirographaires, pour répartir entre eux le prix d'adjudication.

La loi du 11 brumaire an VII simplifia beaucoup cette procédure.

## § 4. — *Le Nantissement immobilier*

1° *Notions générales*. — En principe, la copropriété familiale d'abord, et ensuite le droit supérieur du seigneur sur les immeubles, s'opposaient, à l'origine, à la constitution du nantissement immobilier. Néanmoins, dès l'époque franque, nous allons voir des immeubles donnés en gage sous la forme de *contrat pignoratif* ou d'*engagement*, d'où sortit bientôt l'*obligation*, laquelle finit par se confondre avec une institution romaine, l'*hypothèque*.

2° *Contrat pignoratif ou vente à réméré*. — En droit franc, le débiteur pouvait donner en

gage des immeubles à son créancier, *en pleine propriété*. Le créancier les restituait, si la dette était payée à l'échéance, sinon il en restait propriétaire définitif. Les inconvénients de cette institution étaient que les créanciers exigeaient souvent un gage d'une valeur supérieure au montant de la dette, et qu'en outre ce contrat faisait échec à la copropriété familiale et au droit supérieur du seigneur. C'est alors qu'on imagina l'engagement.

3° *L'engagement*. — Au moyen de l'engagement le débiteur donnait son immeuble en gage au créancier, mais de façon à ce que celui-ci n'en eût que *la jouissance*. Le créancier percevait les fruits et les revenus, mais l'engagement ne pouvait lui faire acquérir la propriété du gage.

4° *L'obligation*. — L'inconvénient des deux institutions précédentes était que le débiteur se trouvait dépossédé de son fonds. Le droit coutumier y remédia en créant l'*obligation*. C'était une convention en vertu de laquelle le débiteur s'engageait envers son créancier à affecter d'avance ses biens immobiliers au paiement de ses dettes. Le débiteur gardait ainsi son fonds, mais si à l'échéance il ne payait pas sa dette, le créancier s'emparait de ce fonds.

L'obligation pouvait être *générale*, c'est-à-

dire porter sur tous les meubles et immeubles du débiteur, mais alors elle ne jouissait ni du *droit de suite* ni du *droit de préférence ;* ou bien elle était *spéciale*, et ne portait que sur un immeuble déterminé. Elle était alors accompagnée, depuis le XIII[e] siècle, du droit de suite et du droit de préférence.

A partir des XIV[e] et XV[e] siècles, l'obligation générale fut assimilée à l'obligation spéciale, et jouit de tous les avantages de cette dernière (droit de suite et droit de préférence.) On se rapprocha ainsi beaucoup de l'hypothèque romaine.

Cependant, à la différence du droit romain, l'ancien droit français n'admettait pas l'hypothèque sur les meubles ; il exigeait des formalités pour la constitution de l'hypothèque, enfin il créait une nouvelle hypothèque, l'hypothèque judiciaire, et une nouvelle institution, la purge.

5° *L'hypothèque.* — A. *Constitution de l'hypothèque.* — a) *Dans les pays de nantissement.* — Dans ces pays, l'obligation ne pouvait s'établir qu'au moyen des *œuvres de loi*, comme l'aliénation. De là l'intervention du tribunal, et par suite la *publicité.* En outre, comme dans les pays de nantissement, on n'avait le droit de se dessaisir que d'un immeuble déterminé, le gage devait être *spécial.* C'est

ainsi qu'apparurent dans ces pays les deux grands principes du régime hypothécaire moderne, *publicité et spécialité.*

b) *Dans les pays de droit commun coutumier.* — Ici la règle était que l'*hypothèque conventionnelle ne pouvait résulter que d'un acte notarié.* Cette règle viendrait, d'après les anciens auteurs, d'abord de ce fait que l'hypothèque est une conséquence de la force exécutoire de l'acte notarié, et aussi de ce qu'elle est l'œuvre exclusive de la volonté des parties. A partir du XVIe siècle, on admit que *tout acte notarié emportait hypothèque générale*, et que *tout jugement emporterait également hypothèque générale sur les biens du condamné* (*hypothèque judiciaire*).

Enfin on emprunta au droit romain les *hypothèques tacites* ou *légales*, qui étaient générales et clandestines, et dont certaines sont devenues nos privilèges sur les immeubles.

B. — *Effets de l'hypothèque.* — *a*) Le créancier hypothécaire, à défaut de paiement à l'échéance, pouvait *faire vendre le fonds*, mais seulement à la suite d'une saisie réelle et d'une vente judiciaire. Pour échapper à cette procédure, le débiteur avait la faculté de délaisser l'immeuble ;

*b*) Le créancier hypothécaire pouvait faire

valoir le *droit de suite* contre le tiers détenteur ; mais celui-ci avait le droit de lui opposer le *bénéfice de discussion* qui obligeait le créancier à saisir et à vendre d'abord les biens du débiteur ;

*c)* Entre créanciers hypothécaires le *droit de préférence* se réglait d'après la date des hypothèques.

C. — *La Purge des hypothèques.* — Cette institution fut créée par les praticiens. La purge permet à l'acquéreur d'un bien hypothéqué de faire disparaître les hypothèques en payant son prix d'acquisition aux créanciers, après les avoir mis en demeure de se faire connaître dans un délai déterminé, au moyen de certaines formalités. Comme un décret forcé, à suite de saisie réelle, anéantissait les hypothèques, on imagina d'abord un *décret volontaire suivi de saisie*, pour obtenir le même résultat. Mais comme cette procédure était longue, l'édit de 1771 lui substitua celle des *Lettres de ratification* délivrées par la chancellerie. Les créanciers qui trouvaient le prix au dessous de la valeur du bien hypothéqué, étaient invités, à l'aide de certaines formalités, à faire opposition devant des fonctionnaires appelés conservateurs des hypothèques, et à surenchérir ;

faute de quoi les lettres de ratification étaient délivrées et les hypothèques purgées.

D. — *L'hypothèque dans le droit révolutionnaire.* — La clandestinité de l'hypothèque et la multiplicité des hypothèques générales offraient de grands inconvénients dans l'ancien droit. Par un édit de 1673, Colbert essaya, mais en vain, d'établir la publicité. La loi du 9 messidor an III, malheureusement demeurée lettre morte, permettait au propriétaire d'un fonds de prendre hypothèque sur lui-même pour dix ans et plus, jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur vénale du fonds. L'acte dressé par le conservateur des hypothèques s'appelait *cédule hypothécaire* et se transmettait par voie d'endossement. Ce système, qui se rapproche beaucoup du régime hypothécaire allemand, fut écarté par la *loi du 11 brumaire an VII,* qui établit *la publicité* au moyen d'une transcription sur des registres publics, et la *spécialité* en obligeant à indiquer le montant de la dette et l'immeuble sur lequel portait l'hypothèque.

Le *Code civil* n'ayant pas maintenu complètement ce sytème, on a dû y revenir par *la loi du 23 mars 1855.*

OUVRAGES A CONSULTER

*(Notions générales)* : *Brissaud.* Manuel...,

p. 1463. — *Garraud*. De la déconfituer, 1880.

*(Voies d'exécution sur les meubles)*: *Viollet*. Histoire..., p. 592. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1483. — *Glasson*. Histoire..., III, p. 390. — *Esmein*. Précis..., p. 90. — *Buche*. N. R. H., 1884, p. 76.

*(Voies d'exécution sur les immeubles)*: *Brissaud*. Manuel..., p. 1494. — *Glasson*. Histoire..., III, p. 390; VI, p. 615. — *Buche*. N. R. H., 1884, p. 347. — *Petiet* (thèse), 1884.

*(Nantissement immobilier)*: *Viollet*. Histoire..., p. 731. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1502. — *Esmein*. Étude sur les contrats, 1883. — *Glasson*. Histoire..., III, 142; VII, 663. — *Peltier* (thèse), 1893. — *Sagnac*. Législation civile..., p. 205 et 345.

# LIVRE V

# LE RÉGIME DE BIENS ENTRE ÉPOUX

## CHAPITRE PREMIER

## LE RÉGIME DE BIENS ENTRE ÉPOUX A L'ÉPOQUE FRANQUE

### § 1. — *Notions générales*

En droit germanique la femme est corps et biens sous l'autorité ou *mundium* de son mari. Dans le régime sans communauté qui existe alors, il est à peine question des droits de a femme. Ce n'est que peu à peu que ces droits se sont fait jour, grâce à trois institutions : la dot germanique, le don du matin, et l'apport de la femme (c'est-à-dire la dot au sens romain).

### § 2. — *La dot germanique*

A l'origine cette dot était le prix d'achat payé

par le mari aux parents de la femme, lors des fiançailles. La femme n'eut d'abord aucun droit sur cette dot. Plus tard, au contraire, elle reçut en dot de son mari la plus grande partie de ce prix d'achat, alors que la plus faible part revenait seule aux parents. A cette époque la dot devint une condition essentielle du mariage, grâce surtout à l'influence de l'Eglise. On voulait par là que la femme devenue veuve pût subvenir à ses besoins ; on voulait aussi lui donner une compensation, car tous ses biens devenaient la propriété de son mari au moment du mariage.

### § 3. — *Le don du matin* (*morgengabe*)

A l'origine ce don consistait dans des menus cadeaux que le mari faisait à la femme le lendemain du mariage.

Il constituait alors, de la part du mari, une sorte de ratification de l'union conjugale. Le don du matin devint plus tard un simple appoint de la dot germanique, et il finit par se confondre avec elle pour former *le douaire* que nous étudierons plus loin.

§ 4. — *L'apport de la femme*
(*Dot au sens romain*)

Dans les premiers temps cet apport consista exclusivement en ornements et en vêtements féminins. Plus tard, à mesure que grandissaient les droits de succession de la femme, les parents de la nouvelle mariée lui donnèrent par avance sa part héréditaire qu'elle apporta en dot avec son trousseau.

§ 5. — *Droits du mari pendant le mariage*

Au début la femme n'avait en propre que ses vêtements ; tous ses autres biens appartenaient à son mari. Celui-ci pouvait aliéner les meubles. Quant aux immeubles de la femme, le mari entra vite en conflit avec les parents de cette dernière ; la conséquence fut que le mari n'en eut pas la libre disposition. Il en fut de même pour les biens composant la *dot germanique* et le *don du matin*.

§ 6. — *Du sort des biens à la dissolution du mariage*

En droit germanique, la tendance était de laisser subsister, à la dissolution du mariage,

l'union des biens des époux, et d'affecter ces biens aux enfants communs.

1° *En cas de prédécès de la femme.* — A la dissolution du mariage, le *don du matin* revenait au mari ; il en était de même de la *dot germanique*, mais ici les droits du mari étaient limités par ceux des enfants issus du mariage. Quant à *l'apport de la femme*, en général le mari le gardait, surtout quand il y avait des enfants et qu'il ne se remariait pas, mais son droit de disposition sur ces biens était limité.

2° *En cas de prédécès du mari.* — La veuve reprenait la *dot germanique*, le *don du matin*, et une part des *acquêts* réalisés pendant le mariage. Cette part variait suivant les lois barbares.

### Ouvrages a consulter

(*Notions générales*) : *Viollet*. Histoire, p. 771. — *Brissaud*. Manuel, p. 1640. — *Glasson*. Histoire, III, 194, VII, 358. — *Gide*. Condition privée de la femme, 1887. — *Lefebvre*. Introduction à l'histoire du droit matrimonial français, 1900. — *Galy*. La famille à l'époque mérovingienne, d'après Grégoire de Tours, 1901. — *Meynial*. N. R. H., 1898.

(*Dot germanique. Don du matin*, etc.) : *Viollet*. Histoire, p. 421, 810. — *Brissaud*. Manuel..., p. 1641. — *Meynial*. N. R. H., 1896, p. 527. — *Stouff*. N. R. H., 1887, p. 249.

# CHAPITRE II

## LE RÉGIME DE BIENS ENTRE ÉPOUX A L'ÉPOQUE FÉODALE ET A L'ÉPOQUE MONARCHIQUE

### § 1. — *Le douaire et les gains de survie*

1° *Notions générales*. — Le *douaire* consistait dans une partie des propres du mari sur laquelle la veuve avait un droit de jouissance sa vie durant. On appelait aussi du nom de *douaire*, ce droit de jouissance lui-même.

On a vu que l'origine du douaire se trouvait dans la combinaison de la dot germanique et du don du matin. C'était à la fois une compensation donnée à la femme en retour de son apport, et un moyen d'empêcher la femme de tomber dans la misère. Le mari ne pouvait disposer des biens du douaire sans le consentement de la femme.

L'institution du douaire devint beaucoup moins utile, à mesure que se développaient les garanties dans l'intérêt de la femme mariée. Aussi fut-il restreint par la jurisprudence. La loi du 17 nivôse an II abolit implicitement le douaire, et il n'a pas reparu dans le Code civil.

2° *Conditions d'existence du douaire.* — *a*) On distinguait deux sortes de douaire : le *douaire coutumier*, dont l'origine devrait être attribuée, d'après Beaumanoir, à une Ordonnance de Philippe-Auguste de 1214 (ordonnance inconnue du reste, mais qui en réalité existait déjà avant cette date) ; et le *douaire conventionnel* ou *préfix*, qui, à la suite d'une convention des époux, portait sur un ou plusieurs immeubles déterminés ;

*b*) *La quotité* du douaire *coutumier* était en général de moitié. Le douaire *conventionnel* pouvait être inférieur, mais non supérieur au douaire coutumier, sauf à Paris et à Orléans ;

*c*) Le *douaire coutumier* portait exclusivement sur les propres présents et futurs du mari, non sur ses meubles et ses acquêts ;

*d*) Au début la femme ne gagnait le douaire que par la consommation du mariage ; plus tard la simple bénédiction nuptiale suffit ;

*e*) La femme était déchue du douaire, si elle était convaincue d'adultère, ou si elle abandonnait son mari. La veuve qui se remariait ne perdait pas le douaire, mais elle devait donner caution.

3° *Droits de la femme sur le douaire.* — *a*) *Pendant le mariage*, le mari conservait la propriété du douaire, mais il ne pouvait par aucun acte, à titre onéreux ou gratuit, en priver la femme. Cependant on autorisait les aliénations faites par le mari avec le consentement de la femme. Mais dans ce cas, au XVIe siècle, on créa au profit de la femme un *remploi légal* et une *hypothèque taisible.*

b) *A la mort du mari*, en cas de *douaire préfix*, il n'y avait pas de difficultés, car les biens sujets au douaire étaient connus d'avance. En cas de *douaire coutumier* on procédait au partage des propres du mari, pour savoir sur quels immeubles portait le douaire.

4° *Le douaire des enfants.* — Le douaire des enfants n'était pas autre chose que le douaire de la mère prédécédée qui s'était transformé en une sorte de *légitime coutumière* au profit des enfants. Le droit des enfants s'ouvrait seulement au décès du père. Mais ils ne pouvaient recueillir à la fois la succession paternelle et le douaire ; ils devaient choisir entre les deux.

5 *L'augment de dot.* — L'augment de dot était le *douaire des pays de droit écrit.* Il remontait à la donation *ante nuptias* du droit théodosien, qui n'avait pas cessé d'être en usage dans le Midi de la France. Il présentait les mêmes caractères, et il avait le même but que le douaire du droit coutumier. En général il était proportionnel à la dot, à laquelle il s'ajoutait, et dont il *augmentait* le montant.

6° *Deuil et habitation.* — A l'origine le *droit coutumier* donnait à la veuve l'habitation dans la maison du mari et les vêtements de deuil, tant qu'elle ne se remariait pas. Plus tard on ne lui accorda cette faveur que pendant le délai pour faire inventaire et délibérer. Le *droit écrit* accordait le deuil, mais non l'habitation, à moins de convention spéciale.

## § 2. — *Les Régimes sans communauté*

1° *Le régime de la Coutume Normande.* — A l'origine, en droit normand, l'incapacité de la femme mariée était absolue. Cette incapacité disparut en partie, surtout au XVI[e] siècle. En revanche le sénatus-consulte Velléien, qui défendait aux femmes mariées, aux veuves, et

même aux filles, de s'obliger pour autrui, s'introduisit en Normandie au XIVe siècle, et s'y appliqua avec rigueur.

Au début la femme n'apportait que très peu de chose en se mariant. Quant au mari, il devenait *propriétaire des meubles* de la femme, à charge de payer ses dettes, et de faire emploi d'une partie de ses meubles. La femme survivante recevait, outre son douaire, la propriété d'une partie des meubles de son mari prédécédé.

Le mari avait l'*administration des immeubles* de sa femme, et les acquisitions faites pendant le mariage lui appartenaient complètement.

Le régime de communauté était formellement défendu par la Coutume Normande. Mais pour sauvegarder les intérêts de la femme, le droit Normand proclama l'*inaliénabilité de la dot immobilière.* Cette inaliénabilité était absolue à l'origine. A la fin du XVIe siècle, l'aliénation de la dot par les deux époux fut permise, mais à charge pour le mari, de remploi et d'hypothèque tacite sur ses biens, sans compter la faculté d'un recours contre le tiers acquéreur. Enfin une des caractéristiques du droit normand était la rigueur avec laquelle il défendait les *donations entre époux.*

2° *Le régime dotal romain.* — Ce régime se développa beaucoup dans les *pays de droit écrit,*

Il permettait à la femme de conserver ses biens, et de n'en remettre au mari qu'une partie, la dot, qui constituait un fonds de réserve inaliénable pour la femme et pour la famille.

Dans le Midi, le père, et à son défaut l'aïeul paternel et la mère, étaient obligés par la loi de doter la fille majeure. Le mari n'avait aucun pouvoir sur les *biens paraphernaux* de la femme, c'est-à-dire sur les biens de la femme qui ne faisaient pas partie de la dot. La femme jouissait de ces biens et les administrait à sa guise.

Quant aux *biens dotaux*, ils devenaient la propriété du mari, propriété bien imparfaite, puisque ce dernier devait les restituer. Le Code civil déclare au contraire que, sous le régime dotal, le mari n'a que la jouissance et non la propriété de la dot.

Les *immeubles dotaux étaient inaliénables* aussi bien par le mari que par la femme, et même par les deux époux conjointement. Cependant, exceptionnellement, on pouvait aliéner la dot, d'abord, avec permission de la justice, pour tirer le mari de prison ou pour procurer des aliments à la famille, et aussi quand une clause du contrat de mariage permettait cette aliénation. Faite en dehors de ces deux cas, l'aliénation était nulle, mais la femme n'avait le droit de se prévaloir de la nullité qu'a-

près la dissolution du mariage et durant trente ans à partir de cette dissolution.

Les *obligations* que contractait la femme durant le mariage ne pouvaient s'exercer sur les biens dotaux, même après la dissolution du mariage. Du reste le sénatus-consulte Velléien, applicable jusqu'au XVII^e siècle, défendait aux femmes mariées ou non d'intercéder pour autrui. Un édit de 1606 abrogea le Velléien, mais ce sénatus-consulte continua quand même à s'appliquer dans les *pays de droit écrit*.

En ce qui concerne *la dot mobilière*, dans presque tous *les pays de droit écrit*, elle était inaliénable à l'égard de la femme, en ce sens que cette dernière ne pouvait compromettre la restitution de sa dot mobilière en renonçant à la créance contre son mari ou à l'hypothèque qui la garantissait.

La restitution de la dot était en effet garantie par une *hypothèque* qui portait sur tous les biens du mari. Cette hypothèque datait du contrat de mariage s'il était authentique, sinon du mariage lui-même. La femme était donc préférée aux créanciers postérieurs du mari. A Toulouse, en vertu de la loi romaine *Assiduis*, elle passait même avant les créanciers antérieurs au mariage.

Quand le mari devenait insolvable, la femme

pouvait demander en justice la *séparation de biens*. Dans ce cas la dot immobilière lui était restituée, mais cette dot restait inaliénable ; quant aux meubles, la femme devait en faire emploi.

On combinait le régime dotal avec la *Société d'acquêts*, surtout dans le sud-ouest de la France. On voit apparaître la société d'acquêts à Bordeaux, dès le XII[e] siècle. Au XVI[e] siècle elle devint l'accessoire du régime dotal, et c'est sous cette forme que l'article 1581 du Code civil l'a conservée.

### § 3. — *Le régime de la communauté de biens entre époux*

1° *Ses origines et ses caractères principaux.* — Le régime de communauté, très peu répandu au début de la période féodale, n'apparut vraiment dans les pays de droit coutumier qu'au XV[e] siècle, époque où il fut réglementé en détail.

A l'origine la communauté se séparait à peine du régime de biens entre époux de l'époque barbare. En effet, le mari avait l'administration

et la jouissance des biens de la femme, comme de ses biens propres. Ce n'était pas encore le véritable régime de la communauté de biens, car la femme ne pouvait transmettre à ses héritiers sa part sur les biens communs, et de plus les époux n'étaient pas considérés comme copropriétaires de ces biens. C'était le mari seul qui avait entre ses mains tout le patrimoine de la femme.

Peu à peu, grâce aux efforts de la jurisprudence et de la pratique, ces pouvoirs exorbitants du mari furent restreints, et on conserva en faveur de la femme le douaire et le don mutuel. Le terme de cette évolution se trouve dans le Code civil qui, tout en laissant au mari le titre de chef de la communauté, a réduit son rôle à celui d'un gérant avec de larges pouvoirs.

Si le régime de communauté a été créé entre le mari et la femme, et si celle-ci est devenue l'associée de celui-là, c'est seulement pour des raisons d'ordre économique. Avec le temps, la femme qui entrait en ménage apporta des biens de plus en plus importants. On fut ainsi amené à lui reconnaître des droits plus grands, et insensiblement on arriva à la considérer comme copropriétaire avec son mari de certains biens. Cette évolution se produisit d'abord dans

le régime matrimonial des marchands, chez lesquels l'idée d'association était plus en honneur. Elle eut lieu ensuite chez les paysans et les roturiers. Mais elle ne porta que sur les biens mobiliers qui furent déclarés communs aux deux époux, car les terres appartenaient au seigneur. Le régime de communauté ne fut appliqué aux nobles que plus tard.

2° *Diverses formes de la communauté.* — A. — *La Communauté universelle*, portant même sur les immeubles, ne se rencontre en France que d'une manière exceptionnelle dans certaines provinces du Nord, chez lesquelles les droits de la famille sur les immeubles étaient en décadence.

B. — *La Communauté d'acquêts* était plus répandue que la précédente.

C. — *La Communauté de meubles et d'acquêts* devint le droit commun dans les pays de droit coutumier. Les propres ou biens de famille étaient exclus de la communauté, laquelle commençait en général à la célébration du mariage.

Dès le XIIIe siècle on trouve dans les contrats de mariage des clauses qui modifient la composition de la communauté de droit commun. Ces clauses se multiplièrent avec le temps, et au XVIe siècle on proclama le principe de la

*Liberté des conventions matrimoniales.* On prit alors l'habitude, surtout dans les classes riches, de faire rédiger un *contrat de mariage.* Les parents des époux assistaient à la rédaction de ce véritable traité entre deux familles, qui était signé avant le mariage. Les clauses de ce contrat, une fois arrêtées, étaient immuables ; c'est ainsi qu'apparut le principe de *l'immutabilité des conventions matrimoniales.*

3° *Composition de la Communauté.* — A. — *L'actif de la communauté* se composait des meubles présents et futurs des époux, des fruits des propres, et des conquêts ou immeubles acquis à titre onéreux durant le mariage. On opposait ces conquêts ou propres de communauté aux immeubles qui restaient la propriété personnelle de chacun des époux.

Dans les contrats de mariage on apportait des dérogations à ces règles, soit par la *clause de réalisation* qui assimilait certains meubles aux immeubles propres, soit par la *communauté réduite aux acquêts*, soit encore par *l'ameublissement* qui assimilait les immeubles propres des époux aux meubles de la communauté.

B. — *Le passif de la communauté* comprenait : Les charges du mariage (entretien des époux ; éducation des enfants) ; les intérêts des

dettes propres et les réparations usufructuaires des propres ; les dettes mobilières des époux antérieures au mariage ; les dettes des successions échues pendant le mariage ; les dettes contractées pendant le mariage par le mari ou par la femme autorisée du mari. Le mari engageait la communauté, même par ses délits ; au contraire la femme n'obligeait la communauté ni par ses délits, ni en contractant avec l'autorisation de justice ; elle ne pouvait l'engager qu'en contractant avec l'autorisation de son mari, sauf quand elle était marchande publique et pour son commerce.

4o *Administration de la Communauté.* — A. — *Rôle du mari.* — Le mari avait l'administration des biens communs comme des biens propres de la femme. Cependant, au XIIIe siècle, s'il avait le droit de disposer seul des meubles, il ne pouvait en faire autant pour les conquêts sans le consentement de la femme. Cette restriction disparut au XIVe siècle. En effet, à cette époque les immeubles, et par suite les conquêts de la femme, cessèrent d'être insaisissables ; les créanciers du mari purent les faire vendre, et par conséquent le concours de la femme à leur aliénation devint inutile.

Les pouvoirs très étendus du mari sur les biens communs furent restreints, d'abord en ce qui concerne les *libéralités* qu'il avait le droit de faire avec ces biens. Il ne pouvait disposer par donation ou par testament que de la part qu'il devait plus tard recueillir dans la communauté. De même il n'avait le droit de payer que sur cette même part les dettes qu'il contractait durant la communauté.

En dépit de ces restrictions et de quelques autres, comme la séparation de biens judiciaire, le mari était plus qu'un simple administrateur de la fortune d'autrui ; il était le véritable seigneur et maître de la communauté.

Il était aussi l'*administrateur des propres de la femme*, d'abord en raison de sa puissance maritale, et aussi comme chef de la communauté, ayant à ce titre la jouissance de ces propres. La femme ne pouvait même pas se réserver la gestion d'une partie de son patrimoine.

B. — *Rôle de la femme.* — Durant la communauté, la femme ne paraissait dans la gestion des biens communs, que par ses droits futurs et par la garantie dont ils étaient entourés. Cependant la femme se montrait bien comme une véritable associée, lorsqu'elle léguait sa part de communauté, quand elle concourait avec le

mari aux donations entre vifs d'objet communs, ou encore lorsqu'elle s'engageait avec l'autorisation de son mari. Enfin la femme administrait de plein droit la communauté, quand le mari était absent, fou ou en prison.

5° *De la dissolution de la communauté et de ses effets*. — La communauté se dissolvait par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, ou par la séparation de biens.

A. — *Mort d'un des époux*. — Dès le XIIIe siècle, dans certaines Coutumes, la communauté, à défaut de partage, pouvait se continuer entre l'époux survivant et ses enfants majeurs ou mineurs. On voulait ainsi laisser au conjoint survivant, dans l'intérêt de la famille, le patrimoine constitué à l'occasion du mariage. La communauté continuée prenait fin par la mort du conjoint, par un second mariage ou par le partage effectué. Il est très probable que cet usage s'introduisit grâce à l'exemple des sociétés taisibles entre roturiers très nombreuses au moyen âge.

Au XVIe siècle, à une époque où les sociétés taisibles avaient disparu, la Coutume de Paris conserva la communauté continuée, à titre de peine contre le conjoint survivant noble ou roturier qui avait négligé de faire inventaire, et au profit des seuls enfants mineurs.

B. — *Séparation de biens judiciaire.* — La séparation de biens judiciaire était une garantie au profit de la femme contre la mauvaise administration du mari. Elle ne s'introduisit vraiment qu'au XVIe siècle, sous l'influence du droit romain. On l'accordait quand la dot était mise en péril par le désordre des affaires du mari. La femme reprenait alors ses propres et sa part de communauté. La séparation de biens ne pouvait résulter que d'un jugement qui avait des effets rétroactifs au jour de la demande, mais qui était rendu public pour sauvegarder les intérêts des tiers. La femme séparée reprenait l'administration et la jouissance de ses biens, à charge de verser à son mari une part de ses revenus pour subvenir aux dépenses du ménage. La communauté pouvait être rétablie du consentement des deux époux ; ce rétablissement était constaté par un acte authentique.

6° *Du droit d'option de la femme entre l'acceptation et la renonciation à la communauté.* — Ce droit d'option est une preuve que la femme dans le régime de communauté n'était pas une véritable associée. En effet, à la dissolution d'une société, les membres de celle-ci ne jouissent pas de ce droit ; ils se partagent simplement les bénéfices et les pertes. La femme commune était traitée comme un héritier, lequel

avait aussi le droit d'accepter ou de renoncer.

Au xiv<sup>e</sup> siècle, la renonciation se présentait sous la forme d'un acte symbolique consistant dans le jet, par la veuve, de sa ceinture, de sa bourse et de ses clefs, sur la fosse du défunt. Plus tard la renonciation dut se faire en justice ou par acte notarié. L'Ordonnance de 1667 donna à la femme trois mois et quarante jours pour se prononcer.

A l'origine la renonciation était limitée aux meubles, au moins chez les familles nobles. C'est vers le xiv<sup>e</sup> siècle que la renonciation commença à s'étendre aussi aux conquêts immeubles.

7° *Du partage de la Communauté.* — A. — *Opérations préalables au partage ; des remplois et des récompenses.* — Quand la femme acceptait la communauté, on séparait les propres de chaque époux des biens communs, pour opérer le partage de ces derniers. C'est alors qu'intervenait la théorie des récompenses qui repose sur ce principe que le patrimoine d'un des conjoints ne peut s'enrichir au détriment du patrimoine commun, et réciproquement. Le très ancien droit n'a pas connu cette théorie. Elle ne commença à apparaître qu'au xiv<sup>e</sup> siècle, et elle se développa complètement au xvi<sup>e</sup>.

a) *Récompenses dues par la communauté.* — Elles se produisaient lorsque du mobilier dotal avait été converti en immeubles, ou bien quand des propres ayant été aliénés, le prix était tombé dans la communauté, ou encore lorsque des rentes appartenant à un époux avaient été rachetées.

b) *Récompenses dues par les époux à la communauté.* — On n'arriva que difficilement à instituer ces récompenses fondées sur le principe de l'enrichissement du patrimoine des époux aux dépens de la communauté. C'est ce qui se produisit dans le cas fréquent où on avait acquis ou amélioré des propres avec l'argent de la communauté.

B. — *Partage proprement dit.* — a) *En ce qui concerne l'actif.* — Le partage par moitié qui semble le plus logique, ne s'établit que peu à peu. Pendant longtemps on y dérogea, en ne donnant, par exemple, à la femme ou à ses héritiers qu'un tiers des biens communs. Une clause fréquente était la stipulation d'un préciput conventionnel par lequel on attribuait certains biens hors part au conjoint survivant.

*b*) *En ce qui concerne le passif.* — Les dettes se partageaient en général par moitié :

α) Les créanciers pouvaient poursuivre pour

le tout *le mari*, en raison des dettes tombées de son chef dans la communauté. En ce qui concerne les dettes provenant du chef de la femme, certains jurisconsultes anciens les traitaient comme dettes du mari, d'autres plus récents déclaraient que le mari n'en était tenu que pour moitié.

Quant à *la femme*, poursuivie par les créanciers pour des dettes contractées par le mari, depuis le XVIe siècle, elle avait le droit de leur opposer le *bénéfice d'émolument*, grâce auquel elle était quitte envers eux en leur abandonnant tout l'émolument qu'elle retirait de la communauté, après avoir fait un inventaire. Mais la femme devait la totalité des dettes qui procédaient de son chef.

β) En ce qui concerne le règlement définitif entre époux, une fois les créanciers payés, le mari et la femme devaient supporter chacun la moitié des dettes communes. Mais encore ici la femme pouvait opposer à son mari le bénéfice d'émolument.

*Appendice : Hypothèque de la femme mariée.*

Cette hypothèque fut empruntée au droit romain. Pratiquée d'abord dans les pays de droit écrit, elle passa dans le droit coutumier au XVIe siècle, à la faveur du principe que tout acte notarié, et par conséquent le contrat de

mariage, emportait une hypothèque générale. Cette hypothèque générale grevait les biens du mari. Elle datait du contrat de mariage, et à défaut de contrat, de la célébration du mariage. Elle garantissait toutes les créances de la femme contre son mari. La femme pouvait y renoncer en consentant, par exemple, à l'aliénation des biens du mari.

### Ouvrages a consulter

*(Le douaire et les gains de survie) : Viollet.* Histoire..., p. 776 et 807. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1655. — *Glasson.* Histoire..., VII, 393. — *Boissonade.* Histoire des droits du conjoint survivant, 1874. — *Buche.* N. R. H., 1884, p. 651. — *Marchand* (thèse), 1899. — *Tardif.* Droit privé au XIII siècle, p. 84.

*(Régimes sans communauté). (Régime de la Coutume normande) : Brissaud.* Manuel...,p. 1676. — *Glasson.* Histoire..., VII, p. 381. — *Colin.* N.R. H., 1892, p. 427. — *Lagouelle* (thèse), 1902.

*(Régime dotal romain) : Viollet.* Histoire..., p. 795 et 804. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1689. — *Lefebvre.* Introduction à l'histoire du droit matrimonial, II, p. 44. — *Dépinay.* Le régime dotal, 1902. — *Gide* (déjà cité), p. 378. — *Ginoulhiac.* Histoire du régime dotal, 1842.

*(Communauté de biens entre époux) : Viollet.* Histoire..., p. 658 et 790. — *Brissaud.* Manuel..., p. 1698. — *Glasson.* Histoire..., p. 356 et 370. — *Buche.* N. R. H., 1884, p. 639. — *Gide* (déjà cité), p. 1078. — *Lefebvre.* La coutume française du mariage au temps de saint Louis, 1901. — *Chéron*

(thèse), 1901. — *Masse* (thèse), 1902. — *Tardif.* Origines de la communauté de biens entre époux, 1850.

*(Hypothèque de la femme mariée)* : *Viollet.* Histoire..., p. 744 — *Brissaud.* Manuel..., p. 1742.

# TABLE DES MATIÈRES

## LIVRE II

### La Propriété et les Droits Réels

## LIVRE III

### Les successions *ab intestat* et les dispositions à titre gratuit

## LIVRE IV

### Les Obligations

## LIVRE V

## Le Régime de biens entre époux

---

Imp. de la Librairie GIARD et BRIÈRE, 16, rue Soufflot, Paris.

# A LA MÊME LIBRAIRIE

**Bibliothèque sociologique internationale** (volumes in-8°).
**Bibliothèque internationale d'économie politique** (volumes in-8° et in-18).
**Bibliothèque internationale de droit public** (volumes in-8 et in-18).
**Bibliothèque internationale de droit privé et de droit criminel** (volumes in-8°).
**Bibliothèque socialiste internationale** (volumes in-8° et in-18).
**Bibliothèque pacifiste internationale** (volumes in-18).
**Collection des Doctrines politiques** (volumes in-18).
**Encyclopédie internationale d'assistance, prévoyance, hygiène sociale et démographie** (volumes in-18).
**Etudes économiques et sociales** (volumes in-8°).
**Petite encyclopédie sociale économique et financière** (volumes in-18).

**CATALOGUES EN DISTRIBUTION**